Die Beteiligung am Vorschlag

Grundsätzliche Gedanken zur Wahl eines neuen ordentlichen Güterstandes

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Viktor Baumeler
von Schüpfheim LU

1977

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Die Beteiligung am Vorschlag

Grundsätzliche Gedanken
zur Wahl eines neuen ordentlichen Güterstandes

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

vorgelegt von

Viktor Baumeler

von Schüpfheim LU

1977

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Die Rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern hat diese Arbeit am 25. November 1976 auf Antrag von Prof. Dr. Horst A. Kaufmann als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 451 der Reihe

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

begründet von †Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt durch †Prof. Dr. Theo Guhl, herausgegeben von Dr. Hans Merz, Professor der Rechte an der Universität Bern

UNIV. LEIDEN BIBL.

©
Verlag Stämpfli & Cie AG Bern
Rechnergesteuerter Filmsatz, Offsetdruck
und Buchbinderarbeit Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

Meinen Eltern und meiner Frau

Ich danke allen, die mit Rat und Tat zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Ganz besonderen Dank schulde ich Herrn Prof. Dr. Horst A. Kaufmann und Herrn Prof. Dr. Heinz Hausheer, Vizedirektor der Eidgenössischen Justizabteilung.

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis ... 7
Abkürzungen ... 10

1. Kapitel: Einleitung ... 11

§ 1 Die Revision des Familienrechts ... 11

§ 2 Der Güterstand des Entwurfs: die Errungenschaftsbeteiligung ... 12

2. Kapitel: Die historische Entwicklung der Vorschlagsbeteiligung ... 14

§ 3 Vorbemerkung ... 14

§ 4 Der Güterstand im engeren Sinn oder das eheliche Vermögen ... 14

I. Definition ... 14
II. Die Notwendigkeit des ehelichen Vermögens oder der Güterstände im engeren Sinn aus historischer Sicht ... 15

§ 5 Die Entstehung der verschiedenen Güterstände (im engeren Sinn) und insbesondere des Instituts der Vorschlagsbeteiligung ... 16

I. Die Eigentumseinheit in der Hand des Ehemannes ... 16
II. Die «klassische» Güterverbindung oder die Familiengutsidee ... 17
III. Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft, Vorschlagsbeteiligung ... 18
IV. Fazit ... 20

§ 6 Die Vorschlagsbeteiligung aus der Sicht EUGEN HUBERS und seiner Zeitgenossen ... 22

I. Vorbemerkung ... 22
II. Begründung der Vorschlagsbeteiligung ... 23
III. Analyse ... 24
IV. Kritische Betrachtung ... 25
1. Der Vorschlag ... 25
a) Berechnung ... 25
b) Die Verteilung der Schulden zwischen den einzelnen Vermögensmassen ... 25
2. Individuelle oder schematische Lösung? ... 27
3. Die Muntgewalt des Ehemannes im geltenden Recht ... 28
4. Die Familiengutsidee im geltenden Recht ... 29
5. Die Gründe für die Vorschlagsbeteiligung der Ehefrau im einzelnen ... 31
a) Die sparsame Haushaltführung der Ehefrau ... 31
b) Die Mitarbeit der Ehefrau im Beruf oder Gewerbe des Ehemannes ... 32
c) Das Nutzungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Frauengut ... 34
d) Zusammenfassung: der Abgeltungsgedanke ... 35
6. Die Tragung des Rückschlags ... 35

3. Kapitel: Die Errungenschaftsbeteiligung ... 38

§ 7 Der Gleichberechtigungsgedanke ... 38

I. Vorbemerkung ... 38
II. Gleichberechtigung und Güterverbindung ... 38
III. Gleichberechtigung und Vorschlagsbeteiligung ... 40

§ 8 **Die Ausgestaltung der Errungenschaftsbeteiligung im Entwurf** ... 40

§ 9 **Ausland** ... 44

I. Bundesrepublik Deutschland ... 44
II. Österreich ... 46

§ 10 **Die Gründe für den Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung** ... 46

I. Der Abgeltungsgedanke ... 46
1. Vorbemerkung ... 46
2. Der Wegfall des Nutzungsrechts des Ehemannes am eingebrachten Frauengut 47
3. Die Idee des «gemeinsam Erarbeiteten» ... 47
a) Stimmen zur Idee des «gemeinsam Erarbeiteten» ... 47
b) Kritik ... 49
4. Die Sparsamkeit bei der Haushaltführung ... 52
5. Der Hausfrauenlohn ... 53
6. Lucrum cessans ... 53
7. Schlussfolgerung ... 55
8. Die erbrechtliche Lösung ... 56
II. Der Gedanke der Versorgung des überlebenden Ehegatten ... 57
1. Vorbemerkung ... 57
2. Die Realisierung der Versorgung durch Beteiligung am Vorschlag ... 58
3. Andere Möglichkeiten zur Realisierung der Vorsorge ... 58
4. Mögliche Gründe für eine Realisierung der Versorgungsansprüche des überlebenden Ehegatten durch Beteiligung am Vorschlag ... 60
a) Die Familiengutsidee ... 60
b) Die Berücksichtigung der Ehedauer ... 61
5. Mängel der Vorschlagsbeteiligung des Entwurfs in bezug auf die Realisierung des Vorsorgegedankens ... 63
6. Gründe für eine erbrechtliche Lösung ... 64
a) Der Entscheid der Expertenkommission ... 64
b) Vorteile der erbrechtlichen Lösung gegenüber der Vorschlagsbeteiligung .. 65
7. Zu den möglichen Mängeln einer erbrechtlichen Lösung ... 65
a) Die Familiengutsidee ... 65
b) Die Ehedauer ... 66
8. Schlussfolgerung aus den Überlegungen zum Versorgungs- oder Vorsorgegedanken ... 69
9. Der Versorgungsgedanke und die «zweite Säule» ... 69
10. Vorsorgegedanke und Ehescheidung ... 71

4. Kapitel: Ergebnis ... 73

Literaturverzeichnis

BÄRMANN	BÄRMANN JOHANNES, Kritik am neuen Ehegüterrecht, in: JZ 1958 S. 225 ff.
BARTSCH	BARTSCH ROBERT, Die Rechtsstellung der Frau als Gattin und Mutter, Geschichtliche Entwicklung ihrer persönlichen Stellung im Privatrecht bis in das achtzehnte Jahrhundert (Leipzig 1903).
Begleitbericht zum Vorentwurf (1976)	Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Änderung des Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen und Ehegüterrecht).
Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (1962)	Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (Ausserehelichen-, Adoptions- und Ehegüterrecht) erstattet dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement am 13. Juni 1962.
BLUMER I/II (1,2)	BLUMER J. J., Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien oder der Kantone Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug und Appenzell I/II (1 und 2) (St. Gallen 1850–1859).
BRAGA	BRAGA S., Das Ehegattenerbrecht nach § 1931 Abs. IV BGB, in: FamRZ 19 (1972) S. 105 ff.
DESCHENAUX	DESCHENAUX HENRI, Revision du régime matrimonial, in: ZSR NF 76 (1957) S. 419a ff.
Deutsche Bundestagsdrucksache Nr. 224 vom 29. Januar 1954	Bundestagsdrucksache Nr. 224 vom 29. Januar 1954 betreffend das Gleichberechtigungsgesetz.
EGGER	EGGER A., Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch II (2. Aufl. Zürich 1936).
Eingabe BSF	Eingabe des Bundes Schweizerischer Frauenvereine (BSF) an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom 23. Oktober 1959.
Eingabe SFG	Eingabe der Sozialdemokratischen Frauengruppen der Schweiz (SFG) an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom 15. Juni 1959.
Eingabe SKF	Revisionspostulate des Schweizerischen Katholischen Frauenbundes (SKF) zum ehelichen Güterrecht, Eingabe an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement vom 24. März 1959.
ESCHER	ESCHER A., Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, in: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch III (3. Aufl. Zürich 1959).
Familienrechtsreform Konkret	Familienrechtsreform Konkret, herausgegeben vom Bundesministerium für Justiz (2. Aufl. Wien 1973).
GERNHUBER	GERNHUBER JOACHIM, Lehrbuch des Familienrechts (2. Aufl. München 1971).
HALLER	HALLER MONIKA, Auf dem Weg zu einem neuen ordentlichen Güterstand (Diss. Zürich 1971).
HAUSHEER	HAUSHEER HEINZ, Gesichtspunkte bei der Reform des ehelichen Güterrechts, in: ZBJV 111 (1975) S. 1 ff.
HEUSLER, Inst. II	HEUSLER ANDREAS, Institutionen des Deutschen Privatrechts II (Leipzig 1886).
HUBER, Berner Handfeste	HUBER EUGEN, Die historische Grundlage des ehelichen Güterrechts der Berner Handfeste (Basel 1884).
HUBER, Erl. I	HUBER EUGEN, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements I (2. Aufl. Bern 1914).

HUBER, Grundlagen	HUBER EUGEN, Die Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht, in: ZSR NF 13 (1894) S. 481 ff.
HUBER, System I, II, IV	HUBER EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes I (Basel 1886), II (Basel 1888), IV (Basel 1893).
HÜBNER	HÜBNER RUDOLF, Grundzüge des deutschen Privatrechts (5. Aufl. Leipzig 1930).
KARRER	KARRER MARTIN, Gleichberechtigung von Mann und Frau im ehelichen Güterrecht (Diss. Zürich 1965).
KELLER	KELLER MAX, Lehrbuch des Eherechts (Bern 1973).
KLAUS	KLAUS ROMAN, Pflichtteilsrecht und güterrechtliche Verfügungen (Diss. Zürich 1971).
KRADOLFER	KRADOLFER CHRISTOPH, Schutz des Rechts der Ehefrau auf Vorschlagsteilhabe im ordentlichen Güterstand der Güterverbindung (Diss. Zürich 1974).
KROESCHELL II	KROESCHELL KARL, Deutsche Rechtsgeschichte II (Reinbek bei Hamburg 1973).
LANGE, Erbrecht	LANGE HEINRICH, Lehrbuch des Erbrechts (Berlin 1962).
LANGE, NJW	LANGE HEINRICH, Die Stellung des überlebenden Ehegatten bei der Zugewinngemeinschaft, in: NJW 10 (1957) S. 1381 ff.
LEMP	LEMP PAUL, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 2. Halbband: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Das Güterrecht der Ehegatten, in: Berner Kommentar II (3. Aufl. Bern 1963).
MARTIN	MARTIN ALFRED, Quels sont les principes qu'il conviendrait de placer à la base d'une législation fédérale sur le droit matrimonial quant aux biens?, in: ZSR NF 13 (1894) S. 568 ff.
MITTEIS	MITTEIS LUDWIG, Bemerkungen zum ehelichen Güterrecht nach dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von C. S. Grünhut 16 (1889) S. 545 ff.
Notes explicatives	Notes explicatives (Erläuterungen zu den Vorentwürfen der Expertenkommission betreffend Wirkungen der Ehe im allgemeinen und Ehegüterrecht, erschienen ab 1973).
Österr. Regierungsvorlage	Regierungsvorlage des Bundesgesetzes über die Neuordnung des gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten und des gesetzlichen ehelichen Güterstandes (RV 136 Blg. NR 14. GP).
PETER	PETER EMIL, Das «Erbrecht der Ehegatten», in: ZSR NF 18 (1889) S. 1 ff.
PIOTET	PIOTET PAUL, Les droits respectifs du conjoint et des enfants au décès du de cujus selon l'avant-projet de loi sur les effets généraux du mariage et le régime matrimonial, in: ZBJV 112 (1976) S. 321 ff.
PLANTA	PLANTA P. C., Bündnerisches Civilgesetzbuch mit Erläuterungen des Gesetzesredaktors (Chur 1863).
Prot. Expertenkommission	Protokoll der Verhandlungen der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts.
Prot. Subkommission	Protokoll der Verhandlungen der «Subkommission allgemeine Wirkungen der Ehe und Ehegüterrecht».
ROBERT	ROBERT LÉON, La notion des acquêts en droit privé suisse de lege lata (Diss. Bern 1898).
SCHWIND	SCHWIND FRITZ, Zum Entwurf eines österreichischen Bundesgesetzes über die Neuordnung des gesetzlichen Erbrechtes der Ehegatten und des gesetzlichen ehelichen Güterstandes, in: FamRZ 18 (1971) S. 329 ff.
Statist. Jahrbuch	Statistisches Jahrbuch der Schweiz.

STAUDINGER/FELGENTRAEGER	FELGENTRAEGER WILHELM, Familienrecht Teil 2, §§ 1363–1588, in: STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch IV, Teil 2 (10./11. Aufl. Berlin 1970).
Stenogramm der Expertenkommission (1901) I/II	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Stenogramm der Expertenkommission I/II (1901, Maschinenschrift vervielfältigt).
STOCKER	STOCKER WERNER, Zum Schweizerischen Ehegüterrecht, in: ZSR NF 76 (1957) S. 329a ff.
Vernehmlassungen (Familienrecht)	Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Bericht und Vorentwurf der Studienkommission Grossen vom 13. Juni 1962 und 28. Juli 1965 über die Revision des Familienrechts.
WALLISER	WALLISER PETER, Der Gesetzgeber Joh. Baptist Reinert und das Solothurnische Zivilgesetzbuch von 1841–1847 (Olten 1948).
ZEERLEDER, Imprimate I, Teil 5	ZEERLEDER A., Das gesetzliche System des ehelichen Güterrechts, Der ordentliche eheliche Güterstand, Thesen (Bern 1893), in: Unifikation des Civilrechts, Imprimate I, Teil 5 (Bibliothek der Eidgenössischen Justizabteilung, Bern).

Abkürzungen

BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BV	Bundesverfassung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GG	Grundgesetz (Bundesrepublik Deutschland)
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
StenBull	Amtliches Stenographisches Bulletin der Schweizerischen Bundesversammlung
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSR NF	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Neue Folge)

«Die Regelung des ehelichen Güterrechtes gehört wohl zu den schwersten von den schweren Aufgaben, die dem Redactor eines Civilgesetzbuches gestellt werden.»

LUDWIG MITTEIS [1]

1. Kapitel: Einleitung

§ 1 Die Revision des Familienrechts

Durch zahlreiche parlamentarische und ausserparlamentarische Vorstösse, die sich vor allem seit Mitte der fünfziger Jahre zu häufen begannen, sah sich das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement im Jahre 1957 veranlasst, eine Studienkommission für die Revision des Familienrechts einzusetzen. Diese Kommission fasste das Ergebnis ihrer Arbeit in zwei Berichten zusammen, die 1962 und 1965 nebst begleitendem Vorentwurf an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement abgeliefert wurden. Dieses leitete 1966 ein Vernehmlassungsverfahren ein. Die ausserordentlich zahlreichen Stellungnahmen, die zum Vorentwurf eingingen, und die vielen wissenschaftlichen Publikationen, die er veranlasste, liessen das allgemeine und grosse Interesse an einer Revision des Familienrechts des ZGB erkennen.

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement bestellte deshalb bereits im Jahre 1968 eine Expertenkommission und betraute diese mit der Aufgabe, den Vorentwurf der Studienkommission zu überarbeiten und spruchreif zu machen. Die Revision sollte in Etappen vor sich gehen:

- Bereits wurde durch das Bundesgesetz vom 30. Juni 1972 das Adoptionsrecht revidiert.
- Die Änderung des siebenten und achten Titels des ZGB (Kindesverhältnis) wurde von der Bundesversammlung mit dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1976 gutgeheissen.
- Folgen werden das Ehegüterrecht, das Ehescheidungsrecht und das übrige Eherecht.
- Abschliessend soll das Vormundschaftsrecht revidiert werden [2].

Zur besseren Bewältigung des Themenkomplexes «Ehegüterrecht – Ehescheidungsrecht – übriges Eherecht» wurden aus Mitgliedern der Expertenkommission zwei Subkommissionen gebildet, nämlich die «Subkommission Ehescheidungsrecht» und die «Subkommission allgemeine Wirkungen der Ehe

[1] MITTEIS S. 545.
[2] Zur Vorgeschichte der Familienrechtsrevision: BBl 1971 I S. 1200 ff.

und Ehegüterrecht». Diese erhielten den Auftrag, gemäss den Richtlinien des Kommissionsplenums in ihren Spezialbereichen detaillierte Vorentwürfe auszuarbeiten. Entsprechend dem Thema dieser Arbeit werden wir uns im folgenden hauptsächlich mit der Tätigkeit der «Subkommission allgemeine Wirkungen der Ehe und Ehegüterrecht» und mit der Beratung von deren Vorentwürfen durch das Kommissionsplenum befassen.

Inzwischen hat die Expertenkommission ihre Arbeit zu den allgemeinen Wirkungen der Ehe und zum Ehegüterrecht abgeschlossen, und ein entsprechender Entwurf liegt vor. Er ging am 8. Juli 1976 zusammen mit einem Begleitbericht in die Vernehmlassung.

§ 2 Der Güterstand des Entwurfs: die Errungenschaftsbeteiligung

Anfänglich standen in der Expertenkommission bei der Frage nach einem neuen ordentlichen Güterstand drei Varianten zur Diskussion, nämlich zwei güterrechtliche und eine erbrechtliche. Die beiden güterrechtlichen Varianten waren die Errungenschaftsbeteiligung und die Errungenschaftsgemeinschaft, die erbrechtliche Variante sah eine Erhöhung der Erbquote des überlebenden Ehegatten, bei gleichzeitiger Gütertrennung, vor. Schliesslich schwang die Errungenschaftsbeteiligung obenaus [3].

Die Errungenschaftsbeteiligung stellt sich gemäss Entwurf in ihren Grundzügen folgendermassen dar:

- Während der Dauer des Güterstandes besteht Gütertrennung. Jedem Ehegatten steht die alleinige Verwaltung, Nutzung und Verfügung an seinem gesamten Vermögen zu.
- Erst bei Auflösung des Güterstandes zeigt sich die Eigenart des Systems. Bei dessen Beendigung steht nämlich jedem Ehegatten oder seinen Erben die Hälfte des Vorschlages des andern zu, wobei die Forderungen verrechnet werden [4]. Diese Beteiligung ist unter Vorbehalt des Pflichtteils der Nachkommen durch Ehevertrag abänderbar [5].

Bereits die Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts hatte in ihrem Bericht einen im Prinzip gleichen Güterstand vorgeschlagen, der damals noch «Eigenverwaltung» hiess [6].

Im Zusammenhang mit der Errungenschaftsbeteiligung ist auch ein Vergleich mit dem Ausland interessant:

[3] Die Kontroverse wurde in der 20., 21. und 22. Sitzung des Kommissionsplenums ausgetragen: Prot. Expertenkommission S. 1678 ff.

[4] Art. 207 des Entwurfs.

[5] Art. 208 des Entwurfs.

[6] Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (1962) S. 117.

- In der Bundesrepublik Deutschland führte das Gleichberechtigungsgesetz aus dem Jahre 1957 im BGB einen neuen ordentlichen Güterstand ein, nämlich die Zugewinngemeinschaft [7]. Diese besteht grundsätzlich in einer Gütertrennung [8]; als wesentliches Element sieht sie jedoch einen Ausgleich des während der Dauer des Güterstandes erzielten Vermögenszuwachses (Zugewinn) vor [9]. Die Zugewinngemeinschaft ist daher als Typ der Errungenschaftsbeteiligung sehr ähnlich. Auf Abweichungen werden wir noch zu sprechen kommen.
- In Österreich befindet sich das eheliche Güterrecht zur Zeit in Revision. Auch hier ist in der Regierungsvorlage vom 10. März 1976 ein der Errungenschaftsbeteiligung sehr ähnlicher ordentlicher Güterstand vorgesehen, mit Gütertrennung während der Dauer des Güterstandes und Ausgleich des Vermögenszuwachses bei dessen Auflösung [10].

Der im Entwurf neu vorgesehene ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung – beziehungsweise dessen Kernstück, die Beteiligung am Vorschlag – soll Gegenstand der folgenden Erörterungen sein. Wir werden zunächst nach den möglichen Zielen einer Vorschlagsbeteiligung fragen und anschliessend untersuchen, ob die Vorschlagsbeteiligung tatsächlich geeignet ist, diese Ziele zu verwirklichen, oder ob es nicht andere, bessere Realisierungsmöglichkeiten gäbe.

[7] §§ 1363 ff. BGB.
[8] STAUDINGER/FELGENTRAEGER § 1363 N 4.
[9] STAUDINGER/FELGENTRAEGER § 1363 N 15.
[10] Österr. Regierungsvorlage S. 2 § 1237.

2. Kapitel: Die historische Entwicklung der Vorschlagsbeteiligung

§ 3 Vorbemerkung

Die gegenseitige Beteiligung der Ehegatten am Vorschlag soll nach dem Entwurf zum zentralen Element des neuen ordentlichen Güterstandes werden[1]. Nun ist die Vorschlagsbeteiligung nicht etwa eine Erfindung der Expertenkommission, sondern sie ist ein altes güterrechtliches Institut, das sich weit in die Geschichte zurückverfolgen lässt und auch dem geltenden Recht bekannt ist[2]. Für eine kritische Betrachtung der Errungenschaftsbeteiligung ist es deshalb notwendig, vorerst die Umstände und die Gründe für die Entstehung der Beteiligung am Vorschlag kurz darzustellen.

§ 4 Der Güterstand im engeren Sinn oder das eheliche Vermögen

I. Definition

Lemp definiert den Begriff «Güterstand» als «das güterrechtliche Verhältnis, unter dem die Ehegatten leben»[3]. Versteht man den Begriff in diesem weiteren Sinne, so ist auch die Gütertrennung ein Güterstand. Der Begriff kann jedoch auch in einem engeren Sinne gebraucht werden: Nach Lemp führt die Ehe in der Regel «zu irgend einer Verbindung der Vermögen [der Ehegatten]; es ist fortan neben allfälligem freiem Vermögen (Sondergut) ein eheliches Vermögen vorhanden, zu dem beide Ehegatten eine besondere Stellung haben, und das unter Umständen auch nach aussen besonders haftet»[4]. Es gibt verschiedene Arten solcher Vermögensverbindungen; sie werden durch die Güterstände im engeren Sinn typisiert.

Ein eheliches Vermögen kann gebildet werden, indem das Gesetz als Folge der Ehe das Eigentum an den Vermögensmassen oder an Teilen derselben in der Hand eines (Gütereinheit) oder beider Ehegatten (Gütergemeinschaft) vereinigt, oder indem es – bei Getrenntheit des Eigentums – zumindest die Verwaltung und Nutzung zusammenlegt (Güterverbindung). Verzichtet das Gesetz auf

[1] Vorn S. 12.
[2] Art. 214 ZGB.
[3] Lemp S. 215 N 5.
[4] Lemp S. 189 N 8.

einen Güterstand im engeren Sinn, das heisst auf eine Vereinigung des Eigentums beziehungsweise der Verwaltung und Nutzung, dann liegt Gütertrennung vor[5].

II. Die Notwendigkeit des ehelichen Vermögens oder der Güterstände im engeren Sinn aus historischer Sicht

Die ganze historische Entwicklung des ehelichen Güterrechts muss vor dem Hintergrund der dominierenden Stellung des Mannes innerhalb der ehelichen Gemeinschaft gesehen werden. Die Frau war nicht handlungsfähig. Sie stand deshalb unter der vormundschaftlichen Gewalt – unter der Muntgewalt – des Ehemannes[6]. Diese untergeordnete soziale Stellung der Ehefrau wurde in der Schweiz erst durch das Zivilgesetzbuch von 1907 grundsätzlich beseitigt[7].

Der Vorrang des Ehemannes gegenüber der Ehefrau wirkte sich vor allem in vermögensrechtlicher Hinsicht aus. Das ganze in der Ehe vorhandene Vermögen stand unter dem überwiegenden Einfluss des Mannes. Der Einfluss der Ehefrau erreichte demgegenüber – trotz zeitlich und örtlich schwankender Intensität – nie denjenigen des Mannes. Diese auf der Mundialgewalt beruhende Vormachtstellung des Ehemannes war dasjenige Moment, das die Vermögen der Ehegatten zu einem ehelichen Vermögen zusammenschweisste und eine Gütertrennung – mit einigen wenigen Ausnahmen in Eheverträgen – undenkbar erscheinen liess[8].

Die Gewalt des Mannes insbesondere über das von der Frau in die Ehe gebrachte Vermögen konnte, wie wir gleich sehen werden, je nach Zeit und Ort sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Bei der Beurteilung der Vormachtstellung des Mannes in Vermögensangelegenheiten darf man allerdings nicht allein auf die abstrakten Eigentumsverhältnisse abstellen. So sagt etwa KROESCHELL, dass das mittelalterliche Recht zwar daran interessiert gewesen sei, wer zu Lebzeiten der Ehegatten über das Gut habe verfügen dürfen und wer es nach dem Tode eines Ehegatten erhalten habe, nicht dagegen an der abstrakten Frage des Eigentums[9].

[5] So bezeichnet auch HAUSHEER die Gütertrennung als «Verzicht auf einen Güterstand»: HAUSHEER S. 14.

[6] HUBER, System IV S. 388.

[7] Dazu LEMP S. 8 N 12: «Das Bundesgesetz vom 22. Juni 1881 betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, das durch das ZGB aufgehoben worden ist, beseitigte die Geschlechtsvormundschaft über die unverheirateten Frauen, überliess es dagegen dem kantonalen Recht, über die Handlungsfähigkeit der Ehefrau zu bestimmen, unter Vorbehalt des Art. 35 aOR betreffend die Handelsfrauen.»

[8] HUBER, System IV S. 403.

[9] KROESCHELL II S. 76.

§ 5 Die Entstehung der verschiedenen Güterstände (im engeren Sinn) und insbesondere des Instituts der Vorschlagsbeteiligung

I. Die Eigentumseinheit in der Hand des Ehemannes

Als Ausgangspunkt für die Entwicklung des deutschen ehelichen Güterrechts bezeichnet HÜBNER die volle «Gewalt des Hausherrn über alles in dem Hauswesen vorhandene Gut»[10], also auch über das, was die Ehefrau aus ihrer Familie mit in die Ehe brachte[11]. Während aber HÜBNER und mit ihm die herrschende deutsche Lehre diesen Zustand des Alleineigentums bereits in der Zeit der Volksrechte überwunden glauben[12], halten HUBER[13] und HEUSLER[14] auch für diese Zeit noch an der Theorie des Alleineigentums des Ehemannes am ehelichen Vermögen fest. Für die vorliegende Arbeit ist dieser Meinungsunterschied nicht von grosser Bedeutung, wesentlich ist vielmehr die anerkannte Theorie des Alleineigentums des Ehemannes als Ausgangspunkt des deutschen Güterrechts. Allerdings verwendet HUBER anstelle des Begriffs «Alleineigentum des Ehemannes» den präziseren Begriff «Eigentumseinheit in der Hand des Ehemannes»[15], dies mit Rücksicht auf die Tatsache, dass das Vermögen des Mannes seiner Familie verfangen war, was seine Verfügungsbefugnisse stark einschränkte.

Die wichtigste Konsequenz aus der Eigentumseinheit war die, dass das eingebrachte Frauenvermögen im Hausvermögen unterging und auch bei Auflösung der Ehe durch Tod absorbiert blieb. Dies galt jedenfalls für die Lex Burgundionum[16]. Diese Absorption hatte insbesondere zur Folge, dass das eingebrachte Frauengut bei kinderloser Ehe nicht an die Frau oder an deren angestammte Familie zurückfiel, sondern in der Familie des Mannes verblieb. Waren dagegen Kinder aus dieser Ehe vorhanden, so erwies sich die Absorption aus der Sicht der Familie der Frau als weniger problematisch, da ja das Hausvermögen beim Tode des Vaters an die Kinder – also an Blutsverwandte der Frauenfamilie – fiel. Gegen die Gefahr, dass die Kinder aus erster Ehe das Hausvermögen mit Kindern aus einer Zweitehe teilen mussten, sorgte beispielsweise die Lex Burgundionum in der Weise vor, dass das ganze Hausvermögen den Kindern aus erster Ehe verfangen blieb. Der Vater hatte allerdings die Möglichkeit, mit den

[10] HÜBNER S. 661 unten ff.
[11] HÜBNER S. 662.
[12] HÜBNER S. 662.
[13] HUBER, System IV S. 349 ff.
[14] HEUSLER, Inst. II S. 302.
[15] HUBER, System IV S. 366.
[16] Lex Burgundionum XIV (De successionibus) §§ 3 und 4; vgl. auch HUBER, System IV S. 359.

Kindern abzuteilen[17] und so ein von diesen unabhängiges neues Hausvermögen zu begründen.

II. Die «klassische» Güterverbindung oder die Familiengutsidee

In jener frühesten Zeit, von der wir eben gesprochen haben, ging demnach alles Gut, das die Frau aus ihrer Familie mit in die Ehe brachte, in das Eigentum des Mannes über; denn, wie HUBER sagt, war für ein besonderes Eigentum der Ehefrau im Hause des Ehemannes in dieser ältesten Zeit keine Stelle[18]. Nun war damals allerdings das Zugebrachte der Frau in der Regel noch recht bescheiden. Es bestand in einer Brautausstattung, die sowohl weibliche Ausrüstungsgegenstände als auch Geschenke an den Mann enthielt[19]; zudem entsprach diese Brautausstattung bloss der Sitte und war nicht etwa in einem Rechtsanspruch begründet[20].

Das Güterrechtssystem der Eigentumseinheit in der Hand des Ehemannes geriet jedoch mit der zunehmenden Besserstellung der Frau ins Wanken. HUBER umschreibt dies mit den Worten: «Die wachsende Besserstellung der Frau ist also das eigentliche Ferment für die ganze folgende Entwicklung des ehelichen Güterrechts[21].» Die Hebung der sozialen Stellung der Frau zeigte sich vor allem auch darin, dass die Töchter nun allmählich neben den Brüdern erbberechtigt wurden[22], und dieses Töchtererbrecht übte einen nachhaltigen Einfluss auf das eheliche Güterrecht aus[23]. Insbesondere trug es wesentlich zur Bildung des neuen Güterstandes der Güterverbindung bei.

Es kam jetzt öfters vor, dass Frauen ein beträchtliches Vermögen aus ihrer angestammten Familie mit in die Ehe brachten oder dass ihnen ein solches während der Ehe kraft ihres Erbrechts anfiel. Unter dem alten Güterstand der Eigentumseinheit wäre nun dieses Vermögen endgültig auf den Ehemann übergegangen; aber damit konnte sich die Familie der Frau verständlicherweise nicht abfinden. Vor allem bei kinderlosen Ehen hätte der Übergang des gesamten Frauengutes an die Familie des Mannes zu stossenden Ergebnissen geführt. Daher entwickelte sich überall dort, wo grosse Familienvermögen vorhanden waren, insbesondere also in Gegenden mit verbreitetem Grundbesitz, ein neuer

17 Lex Burgundionum I (De libertate donandi patribus adtributa et muneribus regis) § 2; vgl. auch HUBER, System IV S. 364.
18 HUBER, System IV S. 352.
19 HUBER, System IV S. 351.
20 HUBER, System IV S. 352.
21 HUBER, System IV S. 386 unten f.
22 HUBER, System IV S. 387.
23 HUBER, Berner Handfeste S. 38 ff.

Güterstand, nämlich die Güterverbindung[24]. Eine «kräftige Familiengutsidee»[25] führte zum Bruch mit dem alten Prinzip der Einheit des Hausvermögens.

Die «klassische» Güterverbindung[26] charakterisiert sich folgendermassen: Das Vermögen, das die Frau mit in die Ehe bringt, sowie alles, was sie während der Ehe erbt oder geschenkt erhält, steht unter der Gütertrennung und bleibt ihr Eigentum. Dem Manne steht jedoch die Verwaltung und Nutzung an diesem Vermögen zu, für dessen Rückerstattung er allerdings gemäss dem Rechtssprichwort, dass Frauengut weder wachsen noch schwinden solle, vollumfänglich haftet. Für das Fehlende muss er also Ersatz leisten. Was die Frau dagegen während der Ehe erwirbt, wird Eigentum des Mannes, ohne dass ein Ersatzanspruch der Frau entsteht[27].

Mit der Güterverbindung ist das angestrebte Ziel erreicht: Wird eine kinderlose Ehe aufgelöst, so fällt das ererbte Familiengut der Frau entweder an diese selbst oder an ihre angestammte Familie zurück. Dasselbe hätte man allerdings auch mit einer reinen Gütertrennung erreichen können; dies war jedoch deshalb nicht möglich, weil die volle Handlungsfähigkeit der Ehefrau, wie wir bereits gesehen haben[28], erst in neuester Zeit anerkannt wurde. Vielmehr stand die Ehefrau trotz ihrer sozialen Besserstellung weiterhin unter der Vormundschaft (Muntgewalt) ihres Mannes, und so war es naheliegend, dass auf das Frauengut der alte vormundschaftliche Grundsatz: «Mündelgut soll weder wachsen noch schwinden», angewendet wurde. Das Sonderbare daran ist allerdings, dass dieser Satz vom ehelichen Güterrecht erst aufgenommen wurde, «als er gerade dem Vormundschaftsrechte verloren ging, welches seit dem 13. Jahrhundert sein altes Princip aufgab, wonach der Vormund die Erträgnisse des Mündelguts in seinem Nutzen verwenden durfte»[29]. Die alte «tutela usufructuaria» lebte demnach in der Güterverbindung weiter[30].

III. Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft, Vorschlagsbeteiligung

Wir kommen zunächst zu der weiteren Frage, wie die Entwicklung des Güterrechts dort vonstatten ging, wo es keine grossen Familiengüter gab oder wo sich zumindest die Familiengutsidee nicht durchsetzen konnte. An ausgedehntem

[24] HUBER, Berner Handfeste S. 52; HEUSLER, Inst. II S. 387.
[25] HUBER, System IV S. 390.
[26] Der Begriff «Güterverbindung» wurde insbesondere von BLUNTSCHLI aufgebracht (LEMP S. 347 N 4), in der deutschen Doktrin heisst das System ungenau «Verwaltungsgemeinschaft».
[27] HUBER, System I S. 246 f.
[28] Vorn S. 15.
[29] HEUSLER, Inst. II S. 399; vgl. auch HUBER, Erl. I S. 119.
[30] Zur Ausgestaltung des alten «egoistischen» Vormundschaftsrechts: BARTSCH S. 100 ff.

Grundbesitz, der in erster Linie zur Herausbildung einer Familiengutsidee beigetragen hatte, mangelte es insbesondere in den Städten und bei den Hörigen in der Grundherrschaft[31]. Hier kam jedoch ein anderer Gedanke systemverändernd ins Spiel, der schliesslich einen neuen Güterstand, nämlich die allgemeine Gütergemeinschaft, hervorbrachte. «Ganz besonders mochten die ärmeren Bauern und die städtischen Handwerker und Krämer diese Gemeinschaft als das ihren Verhältnissen entsprechende Güterrechtssystem betrachten; hatte doch hier in der Regel, wenn die Ehegatten zu Vermögen kamen, die Ehefrau redlich das Ihrige zum glücklichen Fortgang beigetragen»[32], vor allem durch ihre oft ebenbürtige Mitwirkung im Gewerbe des Mannes. Die Frau sollte also für ihren Beitrag zur Bildung des ehelichen Vermögens dadurch entschädigt werden, dass sie als Gesamteigentümerin an eben diesem Vermögen beteiligt wurde und daher bei Auflösung der Ehe ihren Teil erhielt. Der Anteil, der der Frau zustand, konnte variieren, je nachdem, wie hoch man ihren Beitrag einschätzte. Meistens umfasste er die Hälfte des Gesamtgutes, manchmal aber auch nur einen Drittel.

Aber auch dort, wo eine starke Familiengutsidee zur Güterverbindung geführt hatte, konnte sich die Rechtsanschauung vielfach der Tatsache nicht verschliessen, dass die Ehefrau nicht nur ererbte Familiengüter mit in die Ehe brachte, die ihr durch die Güterverbindung erhalten blieben, sondern dass sie daneben oft ganz erheblich zur Mehrung des Mannesvermögens beitrug. Dies geschah hier insbesondere auch dadurch, dass dem Mann, wie wir bereits gesehen haben[33], nach einem alten vormundschaftsrechtlichen Prinzip das Nutzungsrecht am eingebrachten Frauengut zustand. Aber auch die übrigen Einkünfte der Frau gehörten nach den Regeln der «klassischen» Güterverbindung dem Mann[34]. Dieses egoistische System der alten tutela usufructuaria wurde vielerorts mit der Zeit als unbillig empfunden, was zu einer Modifikation der Güterverbindung führte. Die Frau sollte auf Grund ihrer Beiträge künftig am Mannesgut beteiligt werden. Jedoch sollte nicht etwa das ganze Mannesvermögen Teilungsgrösse sein; denn das wäre angesichts des umfassenden Schutzes, den das eingebrachte Frauengut genoss («Frauengut soll nicht schwinden»), unbillig gewesen. Vielmehr sollte auch das eingebrachte Gut des Mannes demjenigen der Frau weitgehend gleichgestellt werden. Das erforderte eine tatsächliche oder zumindest rechnerische Ausscheidung des eingebrachten Gutes des Mannes aus dessen Gesamtvermögen und eine möglichst umfassende Belastung des restlichen Vermögens – der Errungenschaft – mit den während der Ehe not-

31 Huber, System IV S. 389 f.
32 Huber, Berner Handfeste S. 54.
33 Vorn S. 18.
34 Vorn S. 18.

wendigen Auslagen. Nur an einem allfälligen Errungenschaftsrest – dem Vorschlag – sollte die Frau proportional zu ihrem Vermögensbeitrag beteiligt werden.

Trennte man das Eingebrachte des Mannes in natura von der Errungenschaft und wurde die Frau als Gesamteigentümerin daran beteiligt, so führte dies zur Errungenschaftsgemeinschaft. Trennte man jedoch Eingebrachtes und Errungenschaft nur rechnerisch voneinander und wurde der Frau gegen den Mann bloss ein obligatorischer Anspruch auf einen Teil am Errungenschaftsüberschuss (Vorschlag) zugestanden, so führte dies zur Vorschlagsbeteiligung.

Man darf nun aber nicht etwa glauben, dass die Güterverbindung überall dort, wo sie existierte, mit der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Vorschlagsbeteiligung kombiniert worden wäre. So kannten zum Beispiel Zürich, Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug, beide Appenzell und St. Gallen bis zur Einführung des ZGB bloss die alte «klassische» Güterverbindung[35]. Nur Neuenburg, Wallis, Schaffhausen, Graubünden und Solothurn modifizierten ihre Güterverbindungssysteme[36]: die drei ersteren im Sinne der Errungenschaftsgemeinschaft, die beiden letzteren im Sinne der Vorschlagsbeteiligung[37].

IV. Fazit

Fassen wir das bisher Gesagte zusammen: Ausgangspunkt der güterrechtlichen Entwicklung war die Eigentumseinheit in der Hand des Ehemannes. Das Frauenvermögen wurde vom Mannesvermögen vollständig aufgesogen. Im Laufe der Zeit wurde es jedoch auch den Frauen möglich, insbesondere auf Grund ihrer erbrechtlichen Besserstellung, in erheblichem Masse Vermögen zu erwerben. Infolge der Mundialgewalt des Ehemannes blieb jedoch ein Güterstand im engeren Sinn – das heisst eine Zusammenfassung der Vermögen der Ehegatten zu einem ehelichen Vermögen – weiterhin notwendig; die Frau war wegen ihrer Handlungsunfähigkeit nicht in der Lage, Vermögensbefugnisse selbständig wahrzunehmen. Ihrem Beitrag an die Bildung des ehelichen Vermögens wurde jedoch Rechnung getragen:

– Bei der Güterverbindung stand die Familiengutsidee im Vordergrund. Das Familiengut wurde – wenigstens wertmässig – umfassend geschützt und fiel beim Tod der Frau an die gemeinsamen Kinder oder, wenn keine solchen vor-

35 Huber, System I S. 245.

36 Huber, System I S. 244.

37 Huber, System I S. 244, klassifiziert die Systeme aller fünf Kantone als «Errungenschaftsgemeinschaft». Dies trifft jedoch nur für Neuenburg, Wallis und Schaffhausen zu, während Graubünden (Bündnerisches Civilgesetzbuch von 1862 § 41) und Solothurn (Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn von 1841 1847 §§ 232f., in der Fassung von 1891 §§ 127f.) eine Vorschlagsbeteiligung kannten; vgl. auch Robert S. 18f. und Kradolfer S. 15f.

handen waren, an die Familie der Frau. Der alte vormundschaftsrechtliche Grundsatz: «Mündelgut soll weder wachsen noch schwinden», wurde nun auch auf das eingebrachte Frauengut angewendet. «Frauengut soll nicht wachsen» hiess, dass dem Mann die Nutzung zustand; «Frauengut soll nicht schwinden» bedeutete, dass die Substanz des eingebrachten Frauengutes nicht angegriffen werden durfte, auch nicht zur Bestreitung des ehelichen Unterhalts. Letzteres ist deshalb verständlich, weil die Güterverbindung vor allem in Gegenden mit verbreitetem Grundbesitz vorkam, und da Grundstücke in bäuerlichen Kreisen damals wie heute die Produktionssubstanz, die Existenzgrundlage, darstellten, sollten sie nicht veräussert werden dürfen. Allerdings war das eingebrachte Frauengut, wie bereits kurz angetönt, vielerorts nur wertmässig, nicht jedoch in seinem Bestand geschützt. So war zum Beispiel in einigen Kantonen der Innerschweiz die auf der Vormundschaft beruhende Macht des Ehemannes über das Frauenvermögen so gross, dass dieser ohne die Zustimmung der Frau über deren Eingebrachtes verfügen konnte [38]. Die Frau nahm bei Auflösung der Ehe das noch in natura vorhandene Gut zurück; für den Rest erhielt sie bloss eine Ersatzforderung. Ins Extrem gesteigert war die Verfügungsfreiheit des Mannes im System der Eigentums- oder Gütereinheit, wie sie in den Kantonen Bern und Aargau, sowie teilweise – nämlich auf Mobiliarvermögen beschränkt – in Freiburg und Waadt existierte [39]. Diese Eigentumseinheit war eine Abart der Güterverbindung und hatte nichts mit der alten Eigentumseinheit, wie sie vorn [40] beschrieben wurde, zu tun. Bei dieser neuen Eigentumseinheit ging zwar, wie bei der alten, das ganze eingebrachte Frauengut bei der Eheschliessung ins Eigentum des Mannes über, es wurde jedoch inventarisiert, und sein Wert zum Zeitpunkt des Eigentumsübergangs wurde geschätzt; die Frau erhielt eine Ersatzforderung gegen das Mannesgut in der Höhe dieses Schätzwertes, die bei Beendigung des Güterstandes geltend gemacht werden konnte [41].

– Bei der Gütergemeinschaft stand keine Familiengutsidee im Vordergrund, und es gab keine Vermögensmasse, die wertmässig umfassend geschützt gewesen wäre. Auch hier war jedoch, trotz der Bezeichnung «Gütergemeinschaft», der Mann kraft der Muntgewalt dominierend. Neben der selbstverständlichen Verwaltung hatte er oft auch ein von der Frau weitgehend unabhängiges Verfügungsrecht über das Gesamtgut [42], womit sich die Vermögensrechte der Frau

[38] Huber, System IV S. 454.
[39] Huber, System I S. 245.
[40] S. 16f.
[41] Civilgesetzbuch für den Kanton Bern (1824–1830) Satzung 88ff.; Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für den Kanton Aargau (1847 1855) §§ 53ff.; Code Civil du Canton de Fribourg (1834 1849) Art. 65ff.; Code Civil du Canton de Vaud (1819) Art. 1064ff.; vgl. auch Huber, System I S. 250ff.
[42] Hübner S. 684.

vielfach auf einen blossen Beteiligungsanspruch bei Auflösung der Ehe reduzierten.

– Bei der Errungenschaftsgemeinschaft und bei der Vorschlagsbeteiligung, die, wenn sie galten, immer mit der Güterverbindung verknüpft waren, wurde einerseits der Familiengutsidee Rechnung getragen, andererseits wurden aber auch zusätzliche Beiträge der Frau an das eheliche Vermögen berücksichtigt. Für die Vorschlagsbeteiligung, die im Zusammenhang mit dieser Arbeit besonders interessiert, lässt sich sagen, dass sie in der Annahme begründet war, dass sich im Eigentum des Ehemannes Vermögen befinde, das von der Tätigkeit der Frau oder von deren eingebrachtem Gut herrühre.

§ 6 Die Vorschlagsbeteiligung aus der Sicht Eugen Hubers und seiner Zeitgenossen

I. Vorbemerkung

Als es um die Jahrhundertwende in der Schweiz darum ging, das Zivilrecht zu vereinheitlichen, stellte sich unter anderem auch die Frage, wie der ordentliche Güterstand beschaffen sein solle. Eugen Huber, der Redaktor des ZGB, entschied sich schliesslich für die Güterverbindung [43], die damals in der Schweiz von allen Güterständen am weitesten verbreitet war [44]. Er kombinierte sie mit einer Beteiligung der Ehefrau am Vermögen des Ehemannes in der Höhe eines Vorschlagsdrittels [45]. Als wesentliche Neuerung kam eine erhebliche Erweiterung des Sondergutes der Ehefrau hinzu, und zwar im Umfang der Vermögenswerte, mit denen die Frau einen Beruf oder ein Gewerbe betreibt, sowie des Erwerbs der Frau aus selbständiger Arbeit [46]. Sondergut, das als «partielle Gütertrennung» [47] bezeichnet werden muss, gab es, allerdings meistens auf persönliche Gebrauchsgegenstände beschränkt, bereits im alten kantonalen Recht [48]. Durch das Institut des Sondergutes sollte dem Mann das Verwaltungs- und Nutzungsrecht an den erwähnten persönlichen Gebrauchsgegenständen – eben wegen ihres sehr persönlichen Charakters – entzogen werden. Das ZGB sieht in Art. 191 Ziff. 1 auch für den Mann ein Sondergut im Umfang seiner persönlichen Gebrauchsgegenstände vor. Dieses Sondergut des Mannes spielt aber eine viel geringere Rolle als das Sondergut der Ehefrau. Bei der Güterverbin-

[43] Huber, Grundlagen S. 481 ff., insbesondere S. 506 ff.
[44] Huber, Grundlagen S. 496.
[45] Art. 214 ZGB.
[46] Art. 191 Ziff. 2 und 3 ZGB.
[47] Huber, Erl. I S. 178.
[48] Huber, System I S. 293 ff.

dung hat es vor allem die Bedeutung, dass es der Schlüsselgewalt der Frau entzogen ist und dass es bei der Berechnung des Vorschlagsanteils der Frau auch dann ausser Betracht fällt, wenn es seiner Natur nach eigentlich Errungenschaft wäre [48a]. Letzteres ist allerdings dahingehend zu präzisieren, dass im Falle, wo Sondergut aus Errungenschaft angeschafft wird, der Errungenschaft gegenüber dem Sondergut eine Ersatzforderung in der Höhe des Anschaffungswertes zusteht und dass daher eigentlich nur eine allfällige Wertveränderung des Sondergutes (z. B. Steigerung des Sammelwertes von Bildern, Jagdwaffen oder Briefmarken) bei der Vorschlagsberechnung nicht zu berücksichtigen ist.

Die Erweiterung des Sondergutes der Ehefrau durch das ZGB ist auf das Bestreben EUGEN HUBERS zurückzuführen, der Handlungsfähigkeit der Frau auch in der Ehe volle Anerkennung zu verschaffen [49]. Diese Ausdehnung des Sondergutes bewirkt allerdings, dass dem Ehemann unter Umständen erhebliche Beträge entzogen werden, die nach den Regeln der früheren Güterverbindung auf Grund seines Nutzungsrechts in sein Vermögen gefallen wären; der Entzug erfährt jedoch eine Abschwächung durch die Pflicht der Ehefrau zur Leistung eines angemessenen Beitrages an die ehelichen Lasten aus ihrem Sondergut gemäss Art. 192 ZGB in Verbindung mit Art. 246 ZGB.

II. Begründung der Vorschlagsbeteiligung

Welche Gründe bewogen EUGEN HUBER, der Ehefrau einen Anteil am Vorschlag des Ehemannes zu gewähren? Wie sahen die damaligen Politiker und Wissenschafter das Problem? Auf diese Frage geben einige zeitgenössische Dokumente Aufschluss. Man muss sich dabei vor Augen halten, dass die heute noch geltende Regelung eine strenge Rollenverteilung zwischen Mann und Frau bei der Tragung der ehelichen Lasten vorsieht, was das ZGB in bezug auf die Frau mit der lapidaren Bestimmung ausdrückt: «Sie führt den Haushalt [50].»

In seinen «Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements» befürwortet EUGEN HUBER eine Beteiligung der Ehefrau am Vorschlag des Ehemannes, sofern dieser «ganz oder zum Teil den Einkünften des Frauengutes oder der Tätigkeit der Frau zu verdanken sei» [51].

[48a] KELLER S. 98; zwar umfasst die Schlüsselgewalt der Ehefrau gemäss Art. 200 Abs. 3 ZGB das ganze eheliche Vermögen, und nach dem Wortlaut von Art. 194 Abs. 2 ZGB ist bloss das Sondergut der Ehefrau, nicht jedoch dasjenige des Ehemannes vom ehelichen Vermögen ausgenommen. Nach der herrschenden Lehre ist jedoch auch das Sondergut des Ehemannes nicht als Bestandteil des ehelichen Vermögens anzusehen und daher der Schlüsselgewalt der Ehefrau entzogen (vgl. dazu LEMP Art. 194 N 4).

[49] HUBER, Grundlagen S. 549 ff.

[50] Art. 161 Abs. 3 ZGB.

[51] HUBER, Erl. I S. 207.

«Soll Frauengut nicht wachsen?» fragt ZEERLEDER und fährt fort: «Vermögensvermehrung durch Sparsamkeit und durch Beihilfe der Frau im Beruf soll ihr zugute kommen, wenn sie den Mann überlebt [52].»

Der Bundesrat schreibt in seiner Botschaft an die Bundesversammlung: «Der Überschuss über das Frauengut und Mannesgut hinaus gehört grundsätzlich dem Manne. Allein man wird sich der Erwägung kaum verschliessen, dass die Ehefrau mit ihrer persönlichen Arbeit oder mit dem Ertrage des Frauengutes eben doch wesentlich mitgeholfen haben kann an der Bildung dieses Vorschlages und sucht deshalb nach einem billigen Ausgleiche [53].»

Nationalrat WALSER äusserte sich im Parlament folgendermassen: «Der Gesetzgeber geht hier von dem richtigen Gedanken aus, dass der Vorschlag, wenn sich ein solcher einstellt, in der Regel doch nicht allein auf das Verdienst des Ehemannes zurückzuführen ist, sondern dass auch die Frau, sei es durch ihre Mitarbeit oder sei es nur durch eine sparsame Einrichtung des Haushaltes, mit beigetragen hat zu dieser Vermögensvermehrung. Ich finde es daher als durchaus billig und gerecht, wenn die Frau an diesem Vorschlage mit partizipiert [54].»

SCHERRER schliesslich vertrat als Mitglied der damaligen Expertenkommission folgende Ansicht zur Beteiligung der Ehefrau am Vorschlag: «Die Fälle sind aber zahlreich, wo der Vorschlag nicht dem Manne allein zuzuschreiben ist; beim Bauernstande ist der Vorschlag in der Regel dem Zusammenwirken beider Ehegatten zu verdanken. Es ist der Frau des Gewerbestandes die Möglichkeit gewährt worden, ein Sondergut zu bestellen, die Frau des Arbeiters erwirbt das Eigentum an ihrem Verdienste; es erscheint billig, auch der Bauersfrau einen ähnlichen Vorteil zu gewähren durch Einräumung eines Anteils am Vorschlage. Auch in andern Gewerben rechtfertigt es sich [55].»

III. Analyse

Aus den oben wiedergegebenen Stellungnahmen lassen sich folgende Begründungen für eine Beteiligung der Ehefrau am Vorschlag des Ehemannes herauslesen:

- Zunächst soll die Frau deshalb am Vorschlag des Mannes beteiligt werden, weil diesem kraft seines Nutzungsrechts die Einkünfte aus dem eingebrachten Frauengut zustehen [56].

[52] ZEERLEDER, Imprimate I, Teil 5.

[53] Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 28. Mai 1904 S. 32.

[54] StenBull 15 (1905) S. 710.

[55] Stenogramm der Expertenkommission (1901) I/II S. 285.

[56] Vorn S. 23 N 51 und oben N 53.

- Des weiteren wird darauf abgestellt, dass die Frau vielfach durch ihre Tätigkeit, namentlich durch ihre Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des Mannes, erheblich an die Bildung eines Vorschlags beitrage [57].
- Schliesslich wird auch in der Sparsamkeit der Frau bei der Haushaltführung ein Beteiligungsgrund gesehen [58].

IV. Kritische Betrachtung

1. Der Vorschlag

a) Berechnung [59]

Für ihre Beiträge an die Erhaltung und Mehrung des Mannesvermögens soll die Frau durch einen Anteil am Vorschlag des Ehemannes entschädigt werden. Der Vorschlag ist im Gegensatz zur Errungenschaft ein rein rechnerischer Wert. Er wird ermittelt, indem vorerst aus dem gesamten in der Ehe vorhandenen Vermögen die eingebrachten Güter (inklusive Ersatzstücke) und die Sondergüter (inklusive Ersatzstücke) in natura ausgeschieden werden. Übrig bleibt die Errungenschaft [60]. Zu deren Wert werden nun die Ersatzforderungen der Errungenschaft gegen das übrige Mannesgut (Eingebrachtes und Sondergut) und gegen das Frauengut (Eingebrachtes und Sondergut) hinzugerechnet [61] und Ersatzschulden der Errungenschaft gegenüber diesen Gütern vom Errungenschaftswert abgezogen [62]. Von dem so ermittelten Ergebnis werden alle ungetilgten Schulden abgerechnet, sofern sie nicht auf dem Eingebrachten oder auf dem Sondergut lasten [63].

b) Die Verteilung der Schulden zwischen den einzelnen Vermögensmassen [64]

Das Gesetz selber sagt nicht, welche Schulden intern von der Errungenschaft und welche von den übrigen Vermögensmassen der Ehegatten zu tragen sind [65]. Eine definitive interne Schuldenzuteilung ist jedoch notwendig; denn nur so kann entschieden werden, ob zwischen einzelnen Vermögensmassen Ersatzforderungen bestehen oder nicht. Schulden, die einen Gegenwert erzeugen, stellen insofern kein Problem dar, als sie einfach diejenige Vermögensmasse belasten, der der Gegenwert zugute kommt. Fraglich ist, wie es mit den anderen Schulden steht.

57 Vorn S. 23 N 51 und S. 24 N 52, 53, 54, 55.
58 Vorn S. 24 N 52 und 54.
59 Vgl. dazu die Art. 209 ff. ZGB.
60 LEMP Art. 214 N 23.
61 LEMP Art. 214 N 32.
62 LEMP Art. 214 N 45.
63 LEMP Art. 214 N 53.
64 Zur ganzen Problematik vgl. insbesondere LEMP Art. 209 und die dort angegebene Literatur.
65 LEMP Art. 209 N 14.

Ginge man vom Grundgedanken der Güterverbindung, nämlich von der Familiengutsidee, aus, so wäre die logische Folge die, dass alle Schulden der Ehegatten, sofern sie nicht dem eingebrachten Gut einen entsprechenden Gewinn bringen, der Errungenschaft zu belasten wären, damit das Familiengut soweit als möglich erhalten bliebe. LEMP zieht weitgehend diese Folgerung wenn er sagt, dass auf der Errungenschaft alle Schulden lasten würden, «die üblicherweise aus dem Einkommen getilgt werden und weder dem Sondergut noch dem Eingebrachten einen entsprechenden Vorteil verschaffen» [66]. Zumindest in bezug auf die Schulden des Mannes ist LEMP konsequent: Nicht nur die Schulden aus dem Unterhalt der Familie, sondern unter anderem auch voreheliche Schulden des Mannes (zum Beispiel aus Darlehen zu Studienzwecken) [67], Bussen und Schulden aus unerlaubter Handlung [68] sowie Ersatzforderungen der Frau für Verschleuderung, Untergang oder Wertverminderung ihres eingebrachten Gutes, sofern der Mann dafür verantwortlich ist [69], werden der Errungenschaft belastet. Das hat zur Folge, dass die Frau in dem Verhältnis, in dem sie an die Errungenschaft beiträgt, auch an den persönlichen Schulden des Mannes mitbeteiligt ist. In bezug auf die Schulden der Frau ist LEMP weniger konsequent. So werden zum Beispiel Wertverminderungen des eingebrachten Mannesgutes, für die die Frau verantwortlich ist, nicht der Errungenschaft belastet, sondern fallen bei der Ermittlung des Vorschlages ausser Betracht [70]. Auch Deliktsschulden der Frau dürfen, immer nach LEMP, nicht vom Wert der Errungenschaft abgerechnet werden [71]. Konsequent wäre jedoch, auch die Schulden der Frau, sofern sie nicht dem Eingebrachten oder dem Sondergut einen entsprechenden Vorteil verschaffen, der Errungenschaft zu belasten. Damit würde auch der Mann entsprechend seiner finanziellen Leistungsfähigkeit an diesen Schulden der Frau beteiligt. Diese Lösung wiederum wäre aber in vielen Fällen dem Manne gegenüber ungerecht, und zwar insbesondere wegen der eigentümlichen Regel von Art. 191 Ziff. 3 ZGB. Nach dieser Bestimmung gehört der Erwerb der Ehefrau aus selbständiger Arbeit zu ihrem Sondergut, und gemäss Art. 192 ZGB steht das Sondergut unter den Regeln der Gütertrennung (Art. 246 ZGB). Das bedeutet wiederum, dass dieser Arbeitserwerb nur zur Tragung der ehelichen Lasten, nicht jedoch zur Begleichung persönlicher Schulden des andern Ehegatten herangezogen wird. Der Arbeitserwerb des Ehemannes aus selbständiger Arbeit fällt hingegen in die Errungenschaft, und wenn nun auch die per-

[66] LEMP Art. 214 N 37.
[67] LEMP Art. 214 N 38; vgl. auch die dort zitierten Gegenmeinungen.
[68] LEMP Art. 214 N 37.
[69] LEMP Art. 214 N 50.
[70] LEMP Art. 214 N 51.
[71] LEMP Art. 214 N 72.

sönlichen Schulden der Frau aus der Errungenschaft beglichen werden müssten, wäre dies gegenüber dem Mann ungerecht.

Eine Lösung des Problems deutet DESCHENAUX an: Wenn man die Anwartschaft der Frau auf einen Anteil am Vorschlag schützen wolle, könne dem Manne nicht erlaubt werden, alle seine Schulden aus der Errungenschaftsmasse zu bezahlen. Vielmehr habe man, zumindest de lege ferenda, zwischen persönlichen Schulden und Schulden, die im Interesse der ehelichen Gemeinschaft eingegangen worden seien, zu unterscheiden, wobei nur die letzteren der Errungenschaft zu belasten wären [72]. Billigerweise müsste dann aber auch der Erwerb der Ehefrau aus selbständiger Arbeit, der gemäss Art. 191 Ziff. 3 ZGB zu ihrem Sondergut gehört, in erster Linie für die Tragung der ehelichen Lasten verwendet werden, und zwar proportional zur Grösse des Erwerbs des Mannes; erst ein allfälliger Rest dürfte zur Bestreitung persönlicher Auslagen der Frau herangezogen werden.

Die Lösung, die Errungenschaft des Ehemannes nicht mehr zur Deckung persönlicher Schulden des Mannes heranzuziehen, hätte zudem den Vorteil, dass der Erwerb einer Frau aus – dem Manne gegenüber – unselbständiger Arbeit, der ja nach wie vor in die Errungenschaft des Mannes übergeht, bezüglich der Schuldentragung nicht mehr grundsätzlich anders behandelt würde als der Erwerb einer Frau aus selbständiger Arbeit.

2. Individuelle oder schematische Lösung?

Am gerechtesten wäre es wohl, bei der Beteiligung am Vorschlag dem individuellen Beitrag der Frau an die Bildung der Errungenschaft Rechnung zu tragen. Tatsächlich sah der Vorentwurf zum ZGB vom 15. November 1900 in Art. 242 eine individuelle Lösung vor. Der Artikel lautete: «Ergibt sich nach Erhebung des Mannes- und Frauengutes ein Vorschlag, so gehört er dem Mann oder seinen Erben. Die Frau oder ihre Nachkommen können aber, insoweit der Vorschlag aus den Einkünften des Frauengutes oder der Tätigkeit der Frau gemacht worden ist, einen verhältnismässigen Anteil am Vorschlag herausverlangen.» Man habe gegenüber dieser Ordnung nicht übersehen, dass aus der Ungewissheit des Anteiles Streit und Prozess entstehen könne, meinte EUGEN HUBER, aber es entspreche überhaupt der Billigkeit in hohem Grade, dass in dieser Frage der Anteilsberechtigung jeder einzelne Fall besonders gewürdigt werde [73]. Schliesslich gaben aber doch Praktikabilitätserwägungen im Parlament den Ausschlag zugunsten der schematischen Lösung des Art. 214 ZGB, der der Frau einen festen Anteil von einem Drittel am Vorschlag des Ehemannes zugesteht.

[72] DESCHENAUX S. 542a.
[73] HUBER, Erl. I S. 207.

Das hat zur Folge, dass nach dem ordentlichen Güterstand des geltenden Rechts die Ehefrau in jedem Fall am Vorschlag beteiligt wird, unabhängig davon, ob und in welchem Umfang sie zu dessen Bildung beigetragen hat. Die Verteilung des Vorschlages von zwei Dritteln zu einem Drittel war bereits den beiden kantonalen Rechtsordnungen eigen, die die Vorschlagsbeteiligung kannten: der solothurnischen [74] und der bündnerischen [75].

Dass eine individuelle Lösung jedoch durchaus möglich wäre, beweist das ZGB bei der Regelung der Lidlohnforderung in Art. 334 selber. Nach dieser Bestimmung können mündige Kinder oder Grosskinder, die ihren Eltern oder Grosseltern in gemeinsamem Haushalt ihre Arbeit oder ihre Einkünfte zugewendet haben, hiefür eine angemessene Entschädigung verlangen, wobei im Streitfalle der Richter über die Höhe der Entschädigung, ihre Sicherung und die Art und Weise der Bezahlung entscheidet.

Eine gewisse Korrektur der schematischen in Richtung einer individuell gerechteren Lösung könnte allenfalls eine ehevertragliche Abänderung der Vorschlagsbeteiligung nach Art. 214 Abs. 3 ZGB bringen. Der Ehevertrag eignet sich jedoch insofern schlecht zum Korrektiv, als zu seinem Zustandekommen der übereinstimmende Wille beider Ehegatten notwendig ist. Derjenige Ehegatte, der nach der gesetzlichen Regelung bei der Vorschlagsbeteiligung zu gut wegkommt, wird einer Schmälerung seines Anspruches oft nur schwer zustimmen, und derjenige Ehegatte, der zu schlecht wegkommt, kann andererseits gegen den Willen seines Partners keine Änderung erzwingen.

3. Die Muntgewalt des Ehemannes im geltenden Recht

Eugen Huber war ein überzeugter Verfechter der Handlungsfähigkeit der Ehefrau, die er als Grundlage für den ordentlichen Güterstand bezeichnete, was insbesondere aus der Zulassung eines umfangreichen Sondergutes der Ehefrau hervorgeht [76], aber auch aus der Einführung der Gütertrennung als ausserordentlicher und als vertraglicher Güterstand. Weshalb wurde aber dennoch die Güterverbindung als ordentlicher Güterstand beibehalten? Wie lässt sie sich begründen, wenn nicht mit der Muntgewalt des Ehemannes? Egger sieht den Grund für die Beibehaltung der Güterverbindung in «familienpolitischen Überlegungen wirtschaftlicher Natur» [77]. Sicher verkörpert die Güterverbindung in ihrer heutigen Form nicht mehr die alte Muntgewalt. Die alte Muntgewalt war ein Recht, das viel eher zum Nutzen des Gewaltinhabers als zum Schutze des Mündels bestand [78]. Diese alte egoistische Form der Vormundschaft konnte

[74] Civilgesetzbuch für den Kanton Solothurn (1841–1847) § 233; vgl. auch Walliser S. 333.
[75] Bündnerisches Civilgesetzbuch (1862) § 41.
[76] Huber, Erl. I S. 126.
[77] Egger Art. 178 N 11.
[78] Bartsch S. 100.

sich, wie wir bereits gesehen haben, im Eherecht viel länger halten als im übrigen Vormundschaftsrecht [79]. Spätestens mit der Einführung der Vorschlagsbeteiligung der Ehefrau beginnt sich jedoch die vormundschaftliche Gewalt in eine Einrichtung zugunsten der Frau und zugunsten der ehelichen Gemeinschaft zu wandeln. Der Ehemann ist als «primus inter pares durch überlegene Tüchtigkeit und natürliche Autorität» [80] zur Verwaltung und Nutzung des Vermögens der Frau prädestiniert. Der Nutzen, der nicht für die ehelichen Lasten verwendet wird, soll der Ehefrau über den Vorschlagsanteil zurückerstattet werden. Aber was ist denn die auf die «überlegene Tüchtigkeit und natürliche Autorität» gegründete Vorrangstellung des Mannes anderes als eine Form der Muntgewalt, eine neue, milde Form zwar, mehr eine Pflicht als ein Recht, aber eben doch eine Form der Muntgewalt? Das Vormundschaftsrecht beruht ja auf der Idee, dass ein Fähiger die Interessen eines weniger Fähigen zu dessen Nutzen wahrnehmen soll.

4. Die Familiengutsidee im geltenden Recht

Wir haben bereits gesehen, dass die Familiengutsidee für die Entstehung der Güterverbindung ausschlaggebend war [81]. Vor allem das ererbte Familiengut der Frau sollte nicht mehr einfach im Mannesvermögen aufgehen. Das ZGB definiert das eingebrachte Gut der Frau – also das Gut, das nicht ins Eigentum des Mannes übergehen soll – in Art. 159 Abs. 1 folgendermassen: «Was vom ehelichen Vermögen zur Zeit der Eheschliessung der Ehefrau gehört oder ihr während der Ehe infolge von Erbgang oder auf andere Weise unentgeltlich zufällt, ist ihr eingebrachtes Gut und bleibt ihr Eigentum.» Das eingebrachte Gut, wie es in diesem Artikel definiert wird, ist indessen nicht identisch mit dem Familiengut, sondern es ist umfangreicher. Insbesondere umfasst es auch das vor der Ehe Erarbeite und Schenkungen, die nicht aus der Familie stammen, sofern sie nicht gemäss Art. 191 Ziff. 1 als persönliche Gebrauchsgegenstände zu Sondergut werden.

Auch das bündnerische Civilgesetzbuch von 1862 definierte das eingebrachte Gut in § 41 grundsätzlich gleich wie das ZGB: «Wenn ... eine Ausscheidung des ehelichen Vermögens ... stattfindet, so erhält, mit Vorbehalt des allfälligen Vor- und Rückschlags, jeder Ehegatte oder dessen Rechtsnachfolger das von jenem in die Ehe gebrachte (zugebrachte) Vermögen. ... Das während der Ehe dem einen oder andern Ehegatten durch Erbschaft oder Vermächtnis Angefallene wird nicht als Vorschlag, sondern als in die Ehe gebrachtes Vermögen des betreffenden Ehegatten behandelt.» Allerdings werden in dieser Bestimmung die

[79] Vorn S. 18.
[80] Huber, Grundlagen S. 553.
[81] S. 17f.

Schenkungen nicht erwähnt. Sie wurden von der zweiten Kommission – zu Unrecht, wie PLANTA meint [82] – aus dem Gesetz gestrichen. Gerade im bündnerischen Recht sieht man jedoch besonders deutlich, dass die Umschreibung des eingebrachten Gutes nicht bloss eine etwas ungenau geratene Definition des Familiengutes ist, sondern dass das eingebrachte Gut bewusst weiter gefasst wurde als das Familiengut. Das bündnerische Erbrecht unterschied nämlich in § 509 zwischen ererbtem und vorgeschlagenem Vermögen, wobei über ersteres nur in viel geringerem Umfang letztwillig verfügt werden konnte als über letzteres [83]. Unter dem ererbten Vermögen verstand § 510 alles, was dem Testator durch gesetzliche Erbfolge, nicht aber durch letztwillige Verfügung oder Schenkung, zufiel. Der erbrechtliche Vorschlag – nicht zu verwechseln mit dem güterrestlichen - umfasste demgegenüber das ganze restliche Vermögen des Testators. Aus dem kritischen Kommentar PLANTAS geht eindeutig hervor, dass der Familie durch diese Bestimmung ihr Stammvermögen erhalten werden sollte [84]. Das Erhaltungsinteresse der Familie bezog sich also nicht auf das ganze eingebrachte Gut, wie es in § 41 definiert war.

Die Beschränkung des geschützten Familiengutes auf dasjenige Vermögen, das dem Erblasser durch gesetzliche Erbfolge zugefallen ist, war sinnvoll und stellte sicher, dass es sich beim geschützten Vermögen tatsächlich immer um Familiengut handelte; denn durch gesetzliche Erbfolge konnte man – im Gegensatz zur gewillkürten – immer nur von der eigenen Familie erben (der überlebende Ehegatte hatte von Gesetzes wegen bloss ein Nutzniessungsrecht [85]). Allerdings konnte dem Erblasser auch durch gewillkürte Erbfolge oder durch Schenkung Familiengut zugefallen sein; bezüglich dieses Vermögens sollte er jedoch, was die Verfügungsfreiheit anbelangte, nicht schlechter gestellt sein als ein beliebiger Dritter, der auf solche Weise bedacht wurde.

Man darf annehmen, dass auch im ZGB das eingebrachte Gut enger definiert worden wäre, wenn man nur das Familiengut hätte schützen wollen. Deshalb stellt sich die Frage nach dem Grund für die weitere Fassung. Wie wir vorn [86] bereits gesehen haben, sollen mindestens die Ausgaben, die im Interesse der ehelichen Gemeinschaft gemacht werden, aus der Errungenschaft beglichen werden. Definiert man nun das Eingebrachte so extensiv und schützt man es so umfassend, wie dies das ZGB tut, so bleiben als Errungenschaft nur noch das wäh-

[82] PLANTA S. 26 § 41 N 3 am Ende.

[83] Ähnliche Bestimmungen kannten auch andere kantonale Rechte: ROBERT S. 102 ff.

[84] PLANTA S. 465 f. § 510 N 2; was PLANTA vor allem stört, ist der Umstand, dass § 510 das ererbte Vermögen nur wertmässig (und zwar zum Wert im Zeitpunkt des Anfalls) gegen letztwillige Verfügungen schützt, nicht dagegen die Substanz des ererbten Gutes. Dies widerspreche, besonders bezüglich Liegenschaften, den Vorstellungen des Volkes.

[85] Bündnerisches Civilgesetzbuch (1862) § 500.

[86] S. 25 ff.

rend der Ehe Erarbeitete und die Erträgnisse aus dem eingebrachten Gut – die ebenfalls zur Errungenschaft gehören [87] – übrig, und davon sollen also die Ehegatten in erster Linie ihren Lebensunterhalt bestreiten. Dies ist an sich vernünftig; denn nur diese Einkünfte sind mit einiger Sicherheit voraussehbar und berechenbar, und nur eine Ehe, die in finanzieller Hinsicht auf solchen Einkünften basiert, ist auf die Dauer gegen überraschende wirtschaftliche Rückschläge einigermassen gefeit.

5. Die Gründe für die Vorschlagsbeteiligung der Ehefrau im einzelnen

a) Die sparsame Haushaltführung der Ehefrau

Ein wesentlicher Grund für die Vorschlagsbeteiligung der Ehefrau wird in deren sparsamen Haushaltführung gesehen [88]. Man kann sich allerdings fragen, ob es EUGEN HUBER und seine Zeitgenossen mit dieser Begründung so ganz ernst meinten; denn eine sparsame Haushaltführung ist ja nicht nur bei der Güterverbindung, sondern ebensosehr bei den anderen im ZGB vorgesehenen Güterständen, insbesondere auch bei der Gütertrennung, möglich. Zur Illustration folgendes Beispiel: Eine Ehefrau bringt ein beträchtliches Vermögen mit in die Ehe, und sie möchte dieses Vermögen selber verwalten und nutzen. Aus diesem Grunde vereinbart sie mit ihrem Mann ehevertraglich Gütertrennung. Entsprechend der Pflicht, die ihr Art. 163 Abs. 3 ZGB auferlegt, führt sie den Haushalt, und zwar führt sie ihn sparsam. Dadurch kann der Mann seine Errungenschaft, die ja in erster Linie zur Tragung der ehelichen Lasten beigezogen werden soll, schonen. Da aber die Ehegatten unter dem Güterstand der Gütertrennung leben, und da die Gütertrennung keine Vorschlagsbeteiligung kennt, erhält die Ehefrau nichts von dem Ersparten des Mannes. Hätte sie daran beteiligt werden wollen, so hätte sie auf den Ehevertrag und damit auf das Recht verzichten müssen, ihr eingebrachtes Gut selber verwalten und nutzen zu können.

Im Zusammenhang mit der Beteiligung der Frau an der Vorschlagsbildung durch sparsame Haushaltführung gibt es noch ein weiteres Problem. Dieses Problem würde allerdings erst dann klar ersichtlich, wenn das Gesetz statt der schematischen eine individuelle Vorschlagsbeteiligung, wie sie vorn beschrieben wurde [89], kennen würde. Dann müsste nämlich für jeden einzelnen Fall ermittelt werden, wieviel der Mann durch die Haushaltführung der Frau tatsächlich sparte. Für diese Ermittlung müsste zunächst der dem Lebensstandard der Ehegatten (von dem hier angenommen wird, dass er von beiden Ehegatten unter Berücksichtigung ihrer Einkommensverhältnisse gemeinsam bestimmt wird)

[87] LEMP Art. 195 N 44.
[88] Vorn S. 25 N 58.
[89] S. 27 f.

entsprechende Normal- oder Durchschnittsverbrauch im Haushalt und der entsprechende Beitrag des Ehemannes an diesen Normalverbrauch festgelegt werden. Ein allfälliger Minderverbrauch wäre das Ersparte, und die Differenz zwischen dem tatsächlichen Beitrag des Ehemannes und dem Beitrag, der dem Normalverbrauch entsprechen würde, müsste der sparsam haushaltenden Ehefrau zugute kommen. Nun wäre allerdings statt des Minderverbrauchs auch ein Mehrverbrauch denkbar. Hier müsste von verschwenderischer Haushaltführung gesprochen werden. In diesem Falle wäre es konsequent, die entsprechende Mehrleistung des Mannes durch die «verschwenderische» Hausfrau bezahlen zu lassen. Dies ist aber nach Gesetz nicht möglich, jedenfalls so lange nicht, als der Ehemann trotz der «Verschwendung» noch einen Vorschlag erzielt [90].

Bis jetzt sind wir von der Annahme ausgegangen, dass der Ehemann nach seinen Möglichkeiten an die Vorschlagsbildung beiträgt. Wie ist es aber, wenn er dies nicht tut, sondern sich entschliesst, seine Leistung und damit sein Einkommen der sparsamen Haushaltführung seiner Frau anzupassen, oder wenn er gar einen Teil seiner finanziellen Beiträge aus dem eingebrachten Gut entrichtet? Hier entsteht kein Vorschlag, und die Frau kann noch so sehr sparen, gegen den Willen des Mannes wird nie einer entstehen; denn Sparsamkeit wirkt nie vermögensbildend, sondern immer nur vermögenserhaltend. Wäre es in diesem Falle nicht gerecht, der Frau trotz des Fehlens eines Vorschlages einen Ausgleichsanspruch gegenüber dem Manne zu gewähren?

Schliesslich muss man sich aber fragen, ob es überhaupt richtig ist, vom Regelfall auszugehen, dass die Hausfrau den Haushalt sparsam führt. Wir haben vorhin den dem Lebensstandard der Ehegatten entsprechenden Normal- oder Durchschnittsverbrauch als Vergleichsgrösse für die Sparsamkeit gewählt. «Normalverbrauch» bedeutet jedoch nichts anderes als der Verbrauch, der in Ehen mit vergleichbaren Einkommensmöglichkeiten und vergleichbarem Lebensstandard die Regel ist, und so müssen Ehen mit sparsamer Haushaltführung notwendigerweise die Ausnahme bilden.

b) Die Mitarbeit der Ehefrau im Beruf oder Gewerbe des Ehemannes

Auch in der Mitarbeit der Ehefrau im Beruf oder Gewerbe des Ehemannes wird ein Grund für die Vorschlagsbeteiligung der Frau gesehen[91].

[90] Erzielt der Ehemann hingegen einen Rückschlag, so wäre eine Belastung der Ehefrau allenfalls über die Bestimmung von Art. 214 Abs. 2 ZGB möglich, wonach die Ehefrau den Rückschlag soweit zu tragen hat, als sie ihn nachweisbar verursacht hat. Diese Bestimmung ist aber nur anwendbar, wenn überhaupt ein Rückschlag entsteht.

[91] Vorn S. 25 N 57.

Zunächst muss festgehalten werden, dass dieses Argument auf eine vorwiegend bäuerliche und kleingewerbliche Gesellschaft zugeschnitten ist, wie sie zur Zeit der Entstehung des ZGB in der Schweiz in vielen Gegenden noch bestand. In der heutigen Zeit jedoch, wo der Anteil der Selbständigerwerbenden an der Gesamtzahl der Erwerbstätigen immer mehr abnimmt, verliert das Argument zusehends an Bedeutung. So betrug in unserem Land der Anteil der in der Land- und Forstwirtschaft Beschäftigten im Jahre 1888 noch 37,5% der Gesamtzahl der Berufstätigen und im Jahre 1910, also um die Zeit der Einführung des ZGB, immerhin noch 26,7% [92]. Im Jahre 1970 hingegen waren es nur noch 7,7% [93]. Dieselbe Entwicklung können wir im Verhältnis zwischen Selbständig- und Unselbständererwerbenden feststellen. Im Jahre 1888 waren 30,5% der Berufstätigen selbständerwerbend, im Jahre 1910 25,8% [94] und im Jahre 1970 bloss noch 10,4% [95]. Zwar ist auch bei Unselbständigerwerbenden eine Mitarbeit der Ehefrau im Beruf oder Gewerbe des Ehemannes denkbar; so nennt etwa das Zürcher Obergericht in seiner Vernehmlassung zum Bericht und Vorentwurf der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts das Beispiel eines tüchtigen aber invaliden Reisevertreters, dessen Tätigkeit und guter Verdienst nur deshalb möglich sei, weil ihn die Ehefrau (mit dem Auto) begleite [96], doch wirkt dieses Beispiel ziemlich gesucht.

Die Mitarbeit der Ehefrau im Beruf oder Gewerbe des Ehemannes soll jedoch nicht in allen Fällen über die Beteiligung am Vorschlag abgegolten werden, sondern nur dann, wenn sie auf Grund der ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 161 und 159 ZGB geleistet wird, das heisst, wenn sie durch das Wohl der ehelichen Gemeinschaft geboten ist. Ansonsten kann dagegen nach Lemp ein Vertragsverhältnis, insbesondere ein Arbeitsvertrag, angenommen und der Ehefrau ein Entgelt zuerkannt werden [97], wobei wohl in erster Linie ein stillschweigend geschlossener Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 320 Abs. 2 OR in Frage kommt.

Nun ist das Bundesgericht bei der Annahme eines stillschweigend geschlossenen Arbeitsvertrages im Zusammenhang mit Arbeitsleistungen der Ehefrau im Beruf oder Gewerbe des Ehemannes äusserst zurückhaltend. In BGE *74* II 202 ff. hatte es den Fall einer Ehefrau zu beurteilen, die im Kinobetrieb ihres Mannes weitgehend die Funktion eines Geschäftsführers ausübte. Eine Entschädigung gemäss Art. 320 Abs. 2 OR lehnte es unter anderem mit der Begründung ab, dass der Ehefrau bei Auflösung der Ehe unter dem ordentlichen Güterstand der

[92] Statist. Jahrbuch 1959/60 S. 29.
[93] Statist. Jahrbuch 1974 S. 48.
[94] Berechnet nach den Angaben des Statist. Jahrbuches 1959/60 S. 30.
[95] Berechnet nach den Angaben des Statist. Jahrbuches 1974 S. 42.
[96] Vernehmlassungen (Familienrecht) S. 85.
[97] Lemp Art. 161 N 51.

Güterverbindung ein Drittel am Vorschlag zukomme, und wenn sparsam gelebt werde, so finde sie darin den vom Gesetz als gerecht befundenen Ausgleich[98].

Ein anderer Entscheid[99] betraf eine Frau, die als Laborantin ausgebildet war und in dieser Funktion in der Arztpraxis ihres Mannes arbeitete. Hier lehnte das Bundesgericht eine Entschädigung gemäss Art. 320 Abs. 2 OR mit der Begründung ab, dass die Ehefrau dadurch in den Genuss der Früchte ihrer Tätigkeit komme, dass die Lebenshaltung der Familie sich hebe und das eheliche Vermögen einen Zuwachs erfahre, an dem sie unter dem gesetzlichen Güterstand im Falle der Auflösung der Ehe beteiligt sei[100]. Interessant ist allerdings, dass das Bundesgericht selber der Meinung war, dass in diesem Fall die Tätigkeit der Frau über den Rahmen ihrer Beistandspflicht gemäss Art. 161 Abs. 2 ZGB hinausgegangen sei[101]. Es erklärte seine strenge Praxis vor allem dadurch, dass einer Kommerzialisierung der Ehe kein Vorschub geleistet werden dürfe[102].

Auch das Bundesgericht ist demnach der Meinung, dass die Vorschlagsbeteiligung unter anderem den Zweck habe, eine allfällige Mitarbeit der Ehefrau im Beruf oder Gewerbe des Ehemannes abzugelten. Wenn diese Lösung auch nicht ideal ist, insbesondere dann nicht, wenn die Frau vor ihrem Mann stirbt und dadurch nicht selbst in den Genuss ihres Vorschlagsanteils kommt, so ist sie doch immerhin vertretbar. Ein Problem wirft jedoch die Tatsache auf, dass die Mitarbeit der Ehefrau im Beruf oder Gewerbe des Mannes genau so wenig wie die sparsame Haushaltführung auf Ehepaare beschränkt ist, die unter der Güterverbindung leben. So ergibt sich vor allem wieder bei der Gütertrennung das Problem der Entschädigung der im Geschäft mitarbeitenden Ehefrau. Nach Lemp würde diese, zumindest was die Mitarbeit im Rahmen der Art. 161 und 159 ZGB anbelangt, leer ausgehen; er schreibt nämlich: «Einen Lohnanspruch für die auf Grund der Art. 161 und 159 geleistete Arbeit hat die Ehefrau nicht[103].»

c) Das Nutzungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Frauengut

Ein weiterer Grund für die Einführung der Vorschlagsbeteiligung im ZGB war der Umstand, dass dem Ehemann gemäss Art. 195 Abs. 3 das Nutzungsrecht am eingebrachten Frauengut zusteht[104].

98 BGE *74* II 209.
99 BGE *82* II 94ff.
100 BGE *82* II 96.
101 BGE *82* II 96.
102 BGE *74* II 209; interessant ist allerdings in diesem Zusammenhang BGE *95* II 126ff., wo das Bundesgericht einer Ehefrau, die im Geschäftsbetrieb der von ihrem Ehemann und dessen Vater gebildeten Kollektivgesellschaft mitarbeitete, einen Lohnanspruch gemäss Art. 320 Abs. 2 OR zuerkannte mit der Begründung, dass sich dieser Fall von den früher beurteilten dadurch grundlegend unterscheide, dass hier die Tätigkeit der Ehefrau nicht unmittelbar und ausschliesslich dem Ehemann und damit der ehelichen Gemeinschaft, sondern einer Kollektivgesellschaft zugute gekommen sei (BGE *95* II 130).
103 Lemp Art. 161 N 51; Art. 191 N 32.
104 Vorn S. 24 N 56.

Dies ist der einzige von den bisher genannten Gründen, der eine spezifische Folge der Güterverbindung darstellt; denn ausschliesslich bei der Güterverbindung hat der Mann das Recht, das eingebrachte Frauengut zu nutzen. In bezug auf diese Begründung ist es deshalb gerechtfertigt, die Vorschlagsbeteiligung auf die Güterverbindung zu beschränken.

d) Zusammenfassung: der Abgeltungsgedanke

Rekapitulieren wir nochmals kurz die Gründe, die zur Einführung der Vorschlagsbeteiligung im ZGB geführt haben. Es sind dies die Sparsamkeit der Ehefrau im Haushalt, ihre Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des Ehemannes und das Nutzungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Frauengut. Grundlegend für die Vorschlagsbeteiligung war also die Idee, die Ehefrau für ihren Beitrag an die Erhaltung und Mehrung des Mannesvermögens zu entschädigen, oder, um es mit einem prägnanten Ausdruck EGGERS zu sagen: der Abgeltungsgedanke [105].

6. Die Tragung des Rückschlags

Was passiert nun aber, wenn beim vorn [106] dargestellten Berechnungsmodus statt des erhofften Aktivsaldos ein Passivsaldo herauskommt, wenn statt des Vorschlags ein Rückschlag entsteht? Dann bleibt nichts anderes übrig, als auf das eingebrachte Gut der Ehegatten zurückzugreifen. Aber in welcher Weise soll dies geschehen?

Untersuchen wir zunächst, wie das Problem in einer Rechtsordnung mit individuell ausgestalteter Vorschlagsbeteiligung aussehen würde. Hier müsste sicher auch für die Beteiligung an einem allfälligen Rückschlag eine individuelle Lösung gefunden werden. Gehen wir zudem von der Theorie DESCHENAUX' aus, dass alle Schulden, die nicht im Interesse der ehelichen Gemeinschaft eingegangen werden, vom eingebrachten Gut und vom Sondergut getragen werden müssen, und dass nur die Schulden, die beiden Ehegatten gleichermassen zugute kommen, auf der Errungenschaft lasten [107]. Solange die Errungenschaft ausreicht, ist es in diesem Falle gerecht, dass die Ehegatten die darauf lastenden Schulden im Verhältnis zu ihren Beiträgen an die Errungenschaft tragen helfen, was insbesondere bedeutet, dass ein allfälliger Errungenschaftsrest (Vorschlag) im Verhältnis zu diesen Beiträgen an beide Ehegatten zurückerstattet wird. Wenn aber – trotz aller Anstrengungen der Ehegatten – die Errungenschaft zur Tragung der auf ihr lastenden Schulden nicht ausreicht und demzufolge ein Rückschlag entsteht, so sollte dieser bei einer individuellen Lösung auf die bei-

[105] EGGER Art. 214 N 2.
[106] S. 25.
[107] Vorn S. 27 N 72.

derseitigen eingebrachten Güter verteilt werden, und zwar im Verhältnis zu deren Grösse.

Nun sieht aber das ZGB in Art. 214 nicht eine individuelle, sondern eine schematische Verteilung des Vorschlags im Verhältnis von zwei Dritteln für den Mann zu einem Drittel für die Frau vor. Dieselbe Verteilung kannte auch das bündnerische Recht [108]. Sie beruht darauf, dass die Fähigkeit des Mannes, Errungenschaft zu bilden, höher eingeschätzt wurde als die der Frau. Dies ist verständlich; denn die Ehefrau hatte ja in erster Linie den Haushalt zu führen. Die Verteilung eines allfälligen Rückschlages nimmt nun das bündnerische Recht im gleichen Verhältnis (⅔: ⅓) vor; bei der Tragung des Rückschlages muss jedoch auf die eingebrachten Güter zurückgegriffen werden, und schon nach dem bündnerischen Civilgesetzbuch war das Eingebrachte des Mannes nicht grundsätzlich grösser als das der Frau, zumindest dann nicht, wenn man davon ausgeht, dass das ererbte Gut den Hauptteil des Eingebrachten ausmacht; denn Söhne und Töchter waren erbrechtlich gleichgestellt [109]. Deshalb wäre im bündnerischen Recht eine hälftige Teilung des Rückschlages durchaus vertretbar gewesen.

Das ZGB sieht für die Tragung des Rückschlags einen anderen Verteilungsmodus vor als das bündnerische Recht. Art. 214 Abs. 2 ZGB bestimmt: «Erzeigt das eheliche Vermögen einen Rückschlag, so wird er vom Ehemanne oder seinen Erben getragen, soweit nicht nachgewiesen wird, dass ihn die Ehefrau verursacht hat.» Nun ist es durchaus denkbar, dass ein Rückschlag allein durch die Tragung der Kosten für den Unterhalt entsteht, und diese Kosten werden auch durch die Frau verursacht. Nach der einhelligen Meinung von Lehre und Rechtsprechung muss jedoch ein Rückschlag, sofern er durch Bestreitung des gewöhnlichen Unterhalts entstanden ist, vollumfänglich vom Mann oder seinen Erben getragen werden. Die Frau habe nur durch die Einkünfte ihres Eingebrachten und allenfalls gemäss Art. 192 ZGB mit ihrem Sondergut nach den Regeln der Gütertrennung finanziell an die ehelichen Lasten beizutragen. Ihr eingebrachtes Gut könne nur dann gemäss Art. 214 Abs. 2 ZGB zur Tragung eines Rückschlags in Anspruch genommen werden, wenn dieser Rückschlag nicht durch den gewöhnlichen Unterhalt, sondern durch ganz besondere, von der Frau veranlasste Ausgaben verursacht worden sei. Als Beispiele werden etwa genannt: aussergewöhnlich hohe Kosten für Spitalaufenthalte und Kuren, übermässig teure Ferien, die von der Frau gewünscht wurden und ähnliches [110].

Zur Begründung für eine ungleiche Behandlung der beiderseitigen eingebrachten Güter bei der Tragung des Rückschlags meinte Eugen Huber: «Man

[108] Bündnerisches Civilgesetzbuch (1862) § 41.
[109] Planta S. 432f. § 489 N 1.
[110] Lemp Art. 214 N 66ff. und die dort angegebene Literatur.

wird nun aber im allgemeinen der Sicherung des Frauengutes vor den Gefahren des Rückschlages den Vorzug geben müssen. Bietet doch das gesicherte Frauengut in zahlreichen Fällen die letzte, wenn auch kümmerliche, so doch sichere Zufluchtsstätte für die in Vermögensverfall geratenen Familien, und es wäre schwerlich eine weise Gesetzgebung, die auch diese Zuflucht den Interessen des Verkehrs und der Gläubiger opfern würde [111].» In dieser Begründung verkennt EUGEN HUBER, dass die Befreiung des Frauengutes von der Tragung des Rückschlages keine «sichere Zufluchtsstätte für die in Vermögensverfall geratenen Familien» schaffen kann; denn die Frage nach der Verteilung eines allfälligen Rückschlags auf die in der Ehe vorhandenen Vermögensmassen berührt bloss das interne Verhältnis zwischen den Ehegatten. Eine «sichere Zufluchtsstätte für die in Vermögensverfall geratenen Familien» könnte jedoch erst hergestellt werden, indem Teile des in einer Ehe vorhandenen Vermögens dem Zugriff Dritter entzogen würden. Nun haftet aber für einen grossen Teil derjenigen Schulden, die im Interesse der ehelichen Gemeinschaft eingegangen werden, und die – zumindest nach der Theorie DESCHENAUX' [112] – allein auf der Errungenschaft lasten und somit auch ausschliesslich für das allfällige Zustandekommen eines Rückschlages verantwortlich sind, gerade auch das eingebrachte Frauengut. Nach Art. 207 Abs. 2 ZGB haftet nämlich die Ehefrau für die Schulden, die von ihr oder vom Ehemanne für den gemeinsamen Haushalt eingegangen werden, mit ihrem ganzen Vermögen, soweit der Ehemann nicht zahlungsfähig ist. Die subsidiäre Natur dieser Haftung verhindert den Zugriff der Gläubiger nicht, sondern erschwert ihn bloss.

Noch ein weiteres Argument führt EUGEN HUBER zur Begründung der ausschliesslichen Rückschlagstragung durch den Ehemann oder seine Erben an: Eine Beteiligung der Ehefrau am Rückschlag stehe im unversöhnlichen Widerspruch zu dem Mangel an Einfluss, den die Ehefrau auf die Führung der ehelichen Einheit auszuüben in der Lage sei [113]. Nun kann man aber nicht auf der einen Seite unter Berufung auf die «überlegene Tüchtigkeit und natürliche Autorität» [114] des Mannes diesem die Vorrangstellung innerhalb der Ehe einräumen und auf der anderen Seite die Frau wegen ihrer Hintanstellung von der Tragung des Rückschlags entbinden; denn durch letztere Massnahme würde man indirekt die Begründetheit der ersteren in Frage stellen.

[111] HUBER, Grundlagen S. 524.
[112] Vorn S. 27 N 72.
[113] HUBER, Grundlagen S. 524.
[114] Vorn S. 29 N 80.

§ 7 Der Gleichberechtigungsgedanke

I. Vorbemerkung

In der Diskussion um eine Revision des Eherechts trat für unser Thema ein neues Argument auf: Es ertönte immer wieder der Ruf nach Gleichberechtigung von Mann und Frau. Es ist daher unerlässlich, auf den Gleichberechtigungsgedanken näher einzutreten.

Das Postulat TANNER vom 20. September 1971 lautete: «Der Bundesrat wird eingeladen, im Sinne einer baldigen Rechtsgleichheit unter den Geschlechtern und im Sinne der Rechtsanpassung an moderne soziologische und sozialpsychologische Gegebenheiten die Revision des Eherechts möglichst zu beschleunigen.»

In seiner Antwort auf dieses Postulat schrieb der Bundesrat: «Es herrscht von Anfang an die Meinung, dass diese Revision auf eine vermehrte Gleichstellung der Ehegatten abzielen sollte [1].»

Gleichberechtigung von Mann und Frau wird also verlangt. Rein formal würde dies für den geltenden ordentlichen Güterstand bedeuten:

- Abschaffung des Verwaltungs- und Nutzungsrechts des Ehemannes am eingebrachten Frauengut,
- gleiche Vorschlagsbeteiligung für beide Ehegatten.

Gleichberechtigung von Mann und Frau im ehelichen Güterrecht darf jedoch nicht in rein formaler Weise geschehen, will sie nicht zu blosser Gleichmacherei degenerieren. Vielmehr muss sie materiell begründet werden. Der Begriff «Gleichberechtigung» ist also in starkem Masse konkretisierungsbedürftig. Im folgenden soll versucht werden, diese Konkretisierung vorzunehmen, und zwar zuerst in bezug auf das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Ehemannes und anschliessend in Bezug auf die Vorschlagsbeteiligung.

II. Gleichberechtigung und Güterverbindung

Wesentliches Charakteristikum der Güterverbindung ist das Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Frauengut. Dem Gleichberechtigungsgedanken geht es darum, «jede ungerechtfertigte Sonderbehandlung von Mann und Frau» [2] zu vermeiden. Die zentrale Frage ist nun die, ob die

[1] Postulat und Antwort sind publiziert im StenBull, Nationalrat, 82 (1972) S. 316 f.
[2] KARRER S. 51.

unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau bezüglich der Verwaltung und Nutzung ihres Vermögens, oder mit anderen Worten: die modifizierte Muntgewalt des Ehemannes über die Ehefrau [3], noch gerechtfertigt ist.

Es gab schon vor der Einführung des ZGB Stimmen, die dies bereits für die damalige Zeit verneinten: «Mais du moment que l'idée de la tutelle exercée par le mari est abandonnée, il est permis de se demander, si l'union de biens peut subsister. Nous considérons la femme comme jouissant d'une capacité complète, pourquoi sa fortune serait-elle de plein droit soumise à la direction du mari [4]?»

In der gegenwärtigen Diskussion um die Revision des ehelichen Güterrechts kommt diese bereits damals angetönte Tendenz eindeutig zum Durchbruch, am deutlichsten in der Eingabe der Sozialdemokratischen Frauengruppen der Schweiz, auf welche sich auch die Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts bezieht [5]: «Seit Jahrzehnten stehen Knaben und Mädchen in der Schweiz dieselben Bildungsmöglichkeiten und in zunehmendem Masse auch dieselben Berufe offen. Sie haben dieselbe Schulpflicht zu erfüllen, und die Mädchen wenden sich in steigendem Masse einer beruflichen Ausbildung zu. Es geht darum nicht mehr an, davon auszugehen, dass der Mann jederzeit besser vorbereitet und erfahrener sei als die Frau, wie das das ZGB im Eherecht annimmt und vielleicht im ersten Jahrzehnt unseres Jahrhunderts noch in gutem Glauben annehmen konnte [6].»

Dieser Argumentation konnte sich auch die Mehrheit der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts nicht verschliessen: «Unsere Rechtsordnung entspricht in dieser Beziehung nicht mehr den heutigen Verhältnissen und dem Stand der Erziehung und Bildung der Schweizerfrau [7].»

Der Schweizerische Katholische Frauenbund stellt lakonisch fest: «Das Kernstück der Güterverbindung, nämlich die ehemännliche Verwaltung und Nutzung des Frauenvermögens, kann nicht mehr aufrecht erhalten werden [8].»

Aus den dargestellten Meinungen geht hervor, dass eine ungleiche Behandlung von Mann und Frau bezüglich der Verwaltung und Nutzung ihrer Vermögen nicht mehr haltbar ist, da beide heute in der Regel die gleichen Kenntnisse und Fähigkeiten dazu mitbringen. Damit scheidet die Güterverbindung für die Zukunft als möglicher Güterstand aus, weil ihr eine solche Ungleichbehandlung wesentlich ist.

[3] Vorn S. 28 f.
[4] Martin S. 586.
[5] Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (1962) S. 99.
[6] Eingabe SFG S. 1.
[7] Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (1962) S. 113.
[8] Eingabe SKF S. 1.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch ein Blick über die Grenzen unseres Landes hinaus. In der Bundesrepublik Deutschland, die im Gegensatz zur Schweiz die Verfassungsgerichtsbarkeit kennt, erklärte das Bundesverfassungsgericht den bis zu diesem Zeitpunkt geltenden ordentlichen Güterstand des BGB, die Verwaltungsgemeinschaft, für verfassungswidrig. Er widerspreche dem Gleichheitsgrundsatz von Art. 3 des Grundgesetzes [9]. Die Verwaltungsgemeinschaft entspricht bezüglich des Verwaltungs- und Nutzungsrechts des Ehemannes der Güterverbindung des ZGB.

III. Gleichberechtigung und Vorschlagsbeteiligung

Im Gegensatz zum Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Frauengut soll die Vorschlagsbeteiligung nicht abgeschafft werden. Im Gegenteil, gemäss Entwurf soll sie zum zentralen Element des neuen Güterstandes werden. Der Gleichberechtigungsgedanke wird sich hier insofern auswirken, als die Vorschlagsbeteiligung eine gegenseitige (auch der Ehemann soll am Vorschlag – der Ehefrau – partizipieren) und gleiche (nämlich hälftige) sein wird [10].

Es stellt sich nun die Frage, ob diese formale Gleichberechtigung auch materiell begründet ist. Um diese Frage beantworten zu können, ist eine Analyse der im Hinblick auf die Revision des Eherechts vorgebrachten Gründe und Motive für die Beibehaltung und den Ausbau der Vorschlagsbeteiligung erforderlich.

§ 8 Die Ausgestaltung der Errungenschaftsbeteiligung im Entwurf

Wie schon erwähnt [11], stellt sich der Güterstand des Entwurfs, nämlich die Errungenschaftsbeteiligung, während seiner Dauer als Gütertrennung dar [12]. Er unterscheidet sich jedoch von der reinen Gütertrennung dadurch, dass bei seiner Auflösung eine gegenseitige und hälftige Beteiligung der Ehegatten am Vorschlag stattfindet. Diese Beteiligung am Vorschlag ist das wesentliche Charakteristikum der Errungenschaftsbeteiligung, die denn auch besser und genauer «Vorschlagsbeteiligung» heissen würde [13].

[9] Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 3 (1954) S. 225 ff.
[10] Art. 207 des Entwurfs.
[11] Vorn S. 12.
[12] Art. 195 des Entwurfs: «Eingebrachtes Gut und Errungenschaft stehen innerhalb der gesetzlichen Schranken in der Verwaltung, Nutzung und Verfügung des Ehegatten, dem sie gehören.» Zu beachten ist allerdings, dass der Entwurf die in Art. 195 genannten gesetzlichen Schranken recht eng zieht (vgl. etwa die Verfügungsbeschränkungen in Art. 171, 172 und 182 des Entwurfs).
[13] Entsprechende Kritik auch in: Prot. Expertenkommission S. 2612.

Wir haben vorn [14] bereits gesehen, wie der Vorschlag im geltenden Recht ermittelt wird. Es stellt sich nun die Frage, inwieweit der Ermittlungsmodus des Entwurfs davon abweicht. Grundsätzlich ist die Berechnungsart gleich. Auch im Entwurf ist der Vorschlag eine rein rechnerische Grösse, und auch hier ist die Errungenschaft Ausgangspunkt für die Berechnung. Die Errungenschaft umfasst alles, was nicht eingebrachtes Gut ist, wobei der Entwurf noch besonders betont, dass auch die nicht verbrauchten Einkünfte des eingebrachten Gutes zur Errungenschaft gehören [15]. «Das eingebrachte Gut eines Ehegatten umfasst das Vermögen, das ihm zu Beginn des Güterstandes gehörte oder ihm später infolge von Erbgang oder auf andere Weise unentgeltlich zufällt, sowie die Vermögenswerte, die an dessen Stelle treten [16].» Im Unterschied zum geltenden Recht kennt der Entwurf jedoch kein Sondergut mehr. Das hat zur Folge, dass die persönlichen Gebrauchsgegenstände im Sinne von Art. 191 Ziff. 1 ZGB, sofern sie nicht ihrer Natur nach eingebrachtes Gut darstellen, zur Errungenschaft gezählt werden müssen. Dasselbe gilt auch für das Vermögen der Berufs- oder Gewerbefrau und für den Erwerb der Ehefrau aus selbständiger Arbeit im Sinne von Art. 191 Ziff. 2 und 3 ZGB. Neben der Abschaffung des Sondergutes ist zudem die im Entwurf neu vorgesehene Gegenseitigkeit der Vorschlagsbeteiligung sowie deren Festsetzung auf die Hälfte zu beachten [17].

Ein weiterer Unterschied des Entwurfs zum geltenden Recht ist der, dass jener einen subtileren Modus zur Berechnung des Vorschlages kennt. In diesem Zusammenhang ist zunächst auf Art. 166 des Entwurfs hinzuweisen, der in Abs. 1 bestimmt: «Hat ein Ehegatte durch seine Arbeit, sein Einkommen oder sein Vermögen erheblich mehr an die ehelichen Lasten beigetragen, als billigerweise von ihm verlangt werden durfte, so kann er hiefür einen angemessenen Ausgleich verlangen.» Diese Bestimmung will sicherstellen, dass sich die Beiträge der Ehegatten an die ehelichen Lasten im Gleichgewicht befinden. Zu den ehelichen Lasten gehören namentlich der gebührende oder standesgemässe – Unterhalt der Ehegatten und der Kinder, sowie die Führung des Haushaltes und die Kinderbetreuung [18]. Bei der Beantwortung der Frage, ob sich die Beiträge der Ehegatten im Gleichgewicht befinden, darf nicht ein absoluter Massstab angewendet werden; vielmehr ist die individuelle Leistungsfähigkeit zu berücksichtigen, was auch in der folgenden Bestimmung des Entwurfs zum Ausdruck kommt: «Die Ehegatten tragen die ehelichen Lasten, ein jeder nach seinen Kräften [19].» Geht man von der Annahme aus, dass die ehelichen Lasten,

[14] S. 25.
[15] Art. 192 Abs. 2 des Entwurfs.
[16] Art. 192 Abs. 1 des Entwurfs.
[17] Art. 207 des Entwurfs.
[18] Art. 163 Abs. 2 und 3 des Entwurfs.
[19] Art. 163 Abs. 1 des Entwurfs.

soweit sie finanzieller Natur sind, in erster Linie aus der Errungenschaft bestritten werden sollen, so muss die finanzielle Leistungsfähigkeit primär an ihrer Fähigkeit, Errungenschaft zu bilden, gemessen werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass derjenige Ehegatte, der seine Arbeitskraft für die Führung des Haushaltes und die Betreuung der Kinder einsetzt, in entsprechend geringerem Masse in der Lage ist, Errungenschaft zu erarbeiten. Sekundär, nämlich soweit, als die Ehegatten nicht in der Lage sind, den Unterhalt aus der Errungenschaft zu bestreiten, ist die finanzielle Leistungsfähigkeit anhand der Grösse ihrer eingebrachten Güter zu bemessen. Mit dem Ausgleich gemäss Art. 166 des Entwurfs, der übrigens zu den allgemeinen Ehewirkungen gehört und somit auch auf den einzigen ausserordentlichen Güterstand der (vertraglichen oder gerichtlichen) Gütertrennung [20] anwendbar ist, könnte es eigentlich sein Bewenden haben; der Entwurf kennt jedoch bekanntlich in Art. 207 eine gegenseitige und hälftige Vorschlagsbeteiligung.

Auch im Entwurf ist, wie bereits erwähnt, die Errungenschaft Ausgangspunkt für die Berechnung des Vorschlags. Zum Wert der Errungenschaft werden nun zunächst die allfälligen Ausgleichsforderungen für Mehrleistungen gemäss dem soeben dargestellten Art. 166 des Entwurfs hinzugerechnet, sofern diese Mehrleistungen nicht aus dem eingebrachten Gut erbracht worden sind, und sofern der Schuldnerehegatte diese Forderungen nicht bereits früher beglichen hat [21]. Auch die übrigen Forderungen der Errungenschaft des einen Ehegatten gegenüber dem Vermögen des andern Ehegatten werden zu dieser hinzugerechnet [22], wobei Art. 202 des Entwurfs in Abs. 2 und 3 eine Mehrwertbeteiligung vorsieht: «Hat ein Ehegatte zum Erwerb, zur Verbesserung oder zur Erhaltung eines Vermögenswertes des anderen beigetragen, so wird vermutet, dass er an einem dadurch geschaffenen und im Zeitpunkt der Auseinandersetzung noch bestehenden Mehrwert im Verhältnis seines Beitrages beteiligt sei. Ist ein solcher Vermögensgegenstand in der Zwischenzeit mit einem Mehrwert veräussert worden, so wird vermutet, dass sich die Ersatzforderung berechnet:

1. wenn kein Ersatz angeschafft worden ist, nach dem Wert im Zeitpunkt der Veräusserung;
2. wenn ein Ersatz angeschafft worden ist, nach dessen Wert.»

Um den Vorschlag zu ermitteln, ist neben dem Forderungsausgleich zwischen den Ehegatten noch ein interner Ausgleich zwischen eingebrachtem Gut

[20] Art. 186 des Entwurfs.

[21] Art. 167 Abs. 1 des Entwurfs: «Der Ausgleich kann verlangt werden beim Tod eines Ehegatten, bei Erhebung einer Klage auf Scheidung, Trennung oder Ungültigerklärung der Ehe, bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, im Konkurs oder bei Pfändung von Vermögenswerten des Schuldners, bei Aufgabe des Gewerbes oder Berufes, in welchem der Berechtigte mitgearbeitet hat, oder bei wesentlicher Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners.»

[22] Art. 202 Abs. 1 des Entwurfs.

und Errungenschaft innerhalb des Vermögens jedes Ehegatten erforderlich. Art. 204 Abs. 1 des Entwurfs bestimmt, dass zwischen dem eingebrachten Gut und der Errungenschaft eines Ehegatten dann eine Ersatzforderung bestehe, wenn Schulden der einen Masse mit Mitteln der andern bezahlt worden seien. Gemäss Abs. 2 belastet eine Schuld diejenige Vermögensmasse, «mit welcher sie ihrer Natur nach in Zusammenhang steht, im Zweifel aber die Errungenschaft». Im übrigen bestimmt Abs. 3, dass interne Ersatzforderungen von Gesetzes wegen nach den Vorschriften über die Tilgung der Schulden unter den Ehegatten berechnet werden müssen; es ist also auch hier eine Mehrwertbeteiligung vorgesehen. Wie soll nun bestimmt werden, mit welcher Vermögensmasse eine Schuld «ihrer Natur nach» in Zusammenhang steht? Für Schulden, die einen Gegenwert erzeugen, ist die Lösung einfach: Sie belasten diejenige Masse, der der Gegenwert zugute kommt. Wie ist es aber mit Schulden, die keinen Gegenwert erzeugen? Nach der eben erwähnten Bestimmung von Art. 204 Abs. 2 des Entwurfs müssten solche Schulden die Errungenschaft belasten, da ihre Zuordnung zweifelhaft ist. Bei der Beurteilung des Problems muss man jedoch auch Art. 203 des Entwurfs beachten. Dieser bestimmt in Abs. 2: «Vermögenswerte aus der Errungenschaft eines Ehegatten, über die dieser während des Güterstandes ohne Zustimmung des andern durch Schenkung unter Lebenden verfügt hat, werden mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke zu seiner Errungenschaft hinzugerechnet», und Abs. 3 lautet: «Ausserdem werden die Vermögenswerte hinzugerechnet, die ein Ehegatte während des Güterstandes verschleudert oder in der offenkundigen Absicht, den Beteiligungsanspruch des andern zu verkürzen, veräussert hat.»

Dies heisst wohl mit anderen Worten, dass die Errungenschaft in erster Linie für die Tragung der ehelichen Lasten reserviert bleiben soll und dass sie «ihrer Natur nach» nicht dazu bestimmt ist, verschleudert – das heisst für Extravaganzen ausgegeben – zu werden. Demnach könnte man sagen, dass Schulden, sofern sie keinen Gegenwert erzeugen, nur dann vor der Errungenschaft zu tragen sind, wenn sie im Interesse der ehelichen Gemeinschaft eingegangen werden.

Im Gegensatz zu verschleuderten Errungenschaftswerten ist eine Hinzurechnung von Errungenschaftswerten, die zu erwerben ein Ehegatte – zum Beispiel aus Bosheit oder Faulheit – unterlassen hat, im Entwurf nicht vorgesehen. Eine solche Bestimmung wäre auch schwer praktikabel. Hingegen wäre es allenfalls denkbar, die Geltendmachung des Anspruchs des «boshaften oder faulen» Ehegatten auf Vorschlagsteilhabe gegenüber dem anderen Ehegatten gestützt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren und den besagten Anspruch zu kürzen oder gar ganz zu streichen.

Ist auch der interne rechnerische Schuldenausgleich beendet, so erhält man als Resultat den Vorschlag beziehungsweise – bei negativem Ergebnis – den

Rückschlag. Was den Rückschlag anbelangt, so bestimmt Art. 206 Abs. 2 des Entwurfs, dass er ausser Betracht falle. Dies ist richtig; denn ein Ausgleich hat ja – soweit notwendig – schon nach der Regel von Art. 166 des Entwurfs stattgefunden [23]. Ergibt sich jedoch ein Vorschlag, so wird er zwischen den Ehegatten oder deren Erben hälftig geteilt [24]. Die Begründung für diese Vorschlagsbeteiligung soll gleich zur Sprache kommen, zunächst wollen wir aber noch kurz einen Blick auf zwei ausländische Rechtsordnungen werfen.

§ 9 Ausland

I. Bundesrepublik Deutschland

Bereits vorn wurde auf den ordentlichen Güterstand des deutschen BGB seit 1958, nämlich auf die Zugewinngemeinschaft, hingewiesen, die der Errungenschaftsbeteiligung von der Struktur her sehr ähnlich ist [25].

Allerdings wird der Vorschlag, beziehungsweise der Zugewinn, im deutschen BGB anders berechnet als im schweizerischen Recht. Gemäss § 1373 BGB ist der Zugewinn der Betrag, um den das Endvermögen eines Ehegatten das Anfangsvermögen übersteigt. Anfangsvermögen ist das Vermögen, das einem Ehegatten zu Beginn des Güterstandes gehört, oder das er nach Eintritt des Güterstandes von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung nach Abzug der Verbindlichkeiten erwirbt [26], berechnet nach seinem Wert zum Zeitpunkt des Beginns des Güterstandes oder, bei späterem Erwerb, zum Zeitpunkt des Erwerbs [27]. Das Endvermögen ist das Vermögen, das einem Ehegatten bei Beendigung des Güterstandes nach Abzug der Verbindlichkeiten gehört [28], berechnet nach seinem Wert zum Beendigungszeitpunkt [29]. Unentgeltliche Zuwendungen, sofern sie nicht auf sittlicher Pflicht oder Anstand beruhen, sowie verschwendetes Vermögen oder Vermögen, das veräussert wurde, um den andern Ehegatten zu benachteiligen, werden zum Endvermögen hinzugerechnet [30]. Diese Bestimmung entspricht der Regel von Art. 203 Abs. 2 und 3 des Entwurfs [31].

[23] Vorn S. 41 f.
[24] Art. 207 des Entwurfs.
[25] Vorn S. 13 f.
[26] § 1374 BGB.
[27] § 1376 Abs. 1 BGB.
[28] § 1375 Abs. 1 BGB.
[29] § 1376 Abs. 2 BGB.
[30] § 1375 Abs. 2 Ziff. 1–3 BGB.
[31] Vorn S. 43.

Nach dem Gesagten besteht also ein Unterschied zwischen dem Vorschlag des schweizerischen Rechts und dem Zugewinn des deutschen Rechts. Während das schweizerische Recht das eingebrachte Gut nach seinem Wert zum Zeitpunkt der Auflösung des Güterstandes bemisst und sich so ein allfälliger Mehrwert (zum Beispiel wenn ein eingebrachtes Grundstück erschlossen wird) oder Minderwert nicht auf den Vorschlag auswirkt [32], ist nach dem deutschen Berechnungsmodus ein solcher Mehr- respektive Minderwert im Zugewinn enthalten [33]. In der deutschen Doktrin wird allerdings die Meinung vertreten, dass Wertänderungen des Anfangsvermögens, sofern diese auf reinen Geldwertschwankungen beruhen, als «unechter Zugewinn» (Auf- und Abwertungen) nicht berücksichtigt werden sollten [34].

Eine Besonderheit des deutschen Rechts liegt darin, dass Verbindlichkeiten, die bei Beginn der Zugewinngemeinschaft bestehen, nur bis zur Höhe des Anfangsvermögens abgezogen werden können [35]. Das Anfangsvermögen kann also nie negativ sein [36], was bedeutet, dass die das Anfangsvermögen übersteigenden vorehelichen Schulden den Zugewinn verringern. § 1378 Abs. 1 BGB regelt die Verteilung folgendermassen: «Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen, so steht die Hälfte des Überschusses dem anderen Ehegatten als Ausgleichsforderung zu.» Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der «Zugewinn» nie passiv sein kann [37]. § 1378 Abs. 2 BGB bestimmt, dass die Ausgleichsforderung durch den Betrag des Reinvermögens des Schuldnerehegatten begrenzt ist. Diese Regel soll in erster Linie die Gläubiger vor Verlusten schützen [38]. Den gleichen Zweck verfolgt Art. 214 des schweizerischen Entwurfs, der in Abs. 1 bestimmt, dass Vermögenswerte, auf welche die Gläubiger eines Ehegatten zu ihrer Befriedigung Anspruch haben, dieser Haftung weder durch ordentliche noch vorzeitige Erfüllung der Vorschlagsforderung entzogen werden können [39]. Allerdings gewährt der schweizerische Entwurf dem Gläubigerehegatten in Art. 212 insofern eine Ausweichmöglichkeit, als er die durch den Schuldnerehegatten nicht gedeckte Vorschlagsforderung von Dritten, die der Aufrechnung unterliegende Zuwendungen [40] erhalten haben, einfordern kann. Eine ähnliche Bestimmung enthält übrigens auch das BGB in § 1390.

[32] Ist allerdings der Mehrwert durch die Tätigkeit der Ehegatten entstanden, so wird dieser Mehrwert nach der schweizerischen Praxis zum Vorschlag hinzugezählt: Lemp Art. 189 N 11.
[33] Staudinger/Felgentraeger § 1373 N 11.
[34] Staudinger/Felgentraeger § 1373 N 17.
[35] § 1374 Abs. 1 BGB.
[36] Staudinger/Felgentraeger § 1374 N 9.
[37] Staudinger/Felgentraeger § 1378 N 6.
[38] Staudinger/Felgentraeger § 1378 N 7.
[39] Vgl. auch Art. 188 ZGB.
[40] Art. 203 Abs. 2 und 3 des Entwurfs.

II. Österreich

Die österreichischen Revisionsbestrebungen wurden bereits kurz erwähnt [41]. Wie das deutsche Recht geht der österreichische Regierungsentwurf von einem Anfangs- und einem Endvermögen aus, wobei auch der Berechnungszeitpunkt jeweils derselbe ist wie im BGB [42]. Im Unterschied zum BGB kann jedoch das Anfangsvermögen durchaus negativ sein [43]. Hingegen werden in der österreichischen Regierungsvorlage - ähnlich wie im deutschen BGB und im schweizerischen Entwurf – während der Dauer des Güterstandes unentgeltlich erworbene Vermögensstücke bei der Ermittlung des Vermögenszuwachses, allerdings nur auf Verlangen des Eigentümers, nicht berücksichtigt [44], und auch hier gibt es eine Regel, nach der gewisse veräusserte (verschenkte, verschleuderte ... usw.) Vermögensstücke – auf Verlangen des andern Ehegatten – zum Vermögen hinzugerechnet werden [45]. Die vorn erwähnte deutsche Idee, den «unechten Zugewinn» nicht zu berücksichtigen, ist in der österreichischen Regierungsvorlage ausdrücklich vorgesehen [46]. Aber auch echte Wertänderungen eines im Anfangs- und im Endvermögen eines Ehegatten vorhandenen Gegenstandes werden nur dann berücksichtigt, wenn sie auf den Beitrag eines Ehegatten zurückzuführen sind [47]. Der Ausgleichsanspruch besteht in einer Forderung auf Zahlung der Hälfte des Betrages, um den der Vermögenszuwachs des einen Ehegatten den des anderen übersteigt. Der Anspruch kann jedoch auch hier nie höher sein, als das zum Zeitpunkt der Auseinandersetzung vorhandene Reinvermögen des ausgleichspflichtigen Ehegatten [48].

§ 10 Die Gründe für den Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung

I. Der Abgeltungsgedanke

1. Vorbemerkung

Der Vorschlagsbeteiligung des geltenden Rechts liegt, wie wir gesehen haben, der Abgeltungsgedanke zugrunde [49], der Gedanke also, dass die Frau durch ihre Leistung am Zustandekommen eines ehemännlichen Vorschlages beteiligt ist,

[41] Vorn S. 13.
[42] Österr. Regierungsvorlage S. 2 § 1239 d.
[43] Österr. Regierungsvorlage S. 21 zum § 1238.
[44] Österr. Regierungsvorlage S. 2 § 1239 a.
[45] Österr. Regierungsvorlage S. 2 § 1239.
[46] Österr. Regierungsvorlage S. 2 § 1239 c Abs. 2.
[47] Österr. Regierungsvorlage S. 2 § 1239 c Abs. 2 am Ende.
[48] Österr. Regierungsvorlage S. 2/3 § 1240 Abs. 1.
[49] Vorn S. 35.

und dass sie für diese Leistung entschädigt werden soll. Auch für die Begründung der Errungenschaftsbeteiligung, die nach den Vorstellungen der Expertenkommission zum neuen ordentlichen Güterstand werden soll, spielt der Abgeltungsgedanke eine wichtige Rolle.

2. Der Wegfall des Nutzungsrechts des Ehemannes am eingebrachten Frauengut

Bei Eugen Huber spielte das Nutzungsrecht, das dem Ehemann auf Grund der Güterverbindung am eingebrachten Frauengut zustand, als Motiv für die Beibehaltung respektive (für gewisse Kantone) Neueinführung der Vorschlagsbeteiligung eine wesentliche Rolle [50]. Dieses Motiv fällt bei der Errungenschaftsbeteiligung, die ja auf einer Gütertrennung basiert, ausser Betracht. Ein gewichtiges Element des Abgeltungsgedankens fällt somit weg, und wir wollen im folgenden untersuchen, ob die übrigen, zum Teil neu in die Diskussion gebrachten Elemente ausreichen, um diesen Wegfall zu kompensieren oder gar die neu vorgesehene hälftige Vorschlagsbeteiligung zu rechtfertigen.

3. Die Idee des «gemeinsam Erarbeiteten»

a) Stimmen zur Idee des «gemeinsam Erarbeiteten»

Blicken wir zunächst auf die Zeit der Einführung des ZGB zurück. Wie wir gesehen haben, war die Idee des «gemeinsam Erarbeiteten» schon damals aktuell. Zur Illustration ein Ausschnitt aus einem bereits vorn wiedergegebenen zeitgenössischen Zitat: «Die Fälle sind aber zahlreich, wo der Vorschlag nicht dem Manne allein zuzuschreiben ist; beim Bauernstande ist der Vorschlag in der Regel dem Zusammenwirken beider Ehegatten zu verdanken.» Aber auch bei anderen Gewerben rechtfertige sich aus demselben Grund eine Vorschlagsbeteiligung der Ehefrau [51].

Der Gedanke, dass jeder Ehegatte zur Bildung der Errungenschaft des andern beitrage, wurde auch von der Expertenkommission für die Revision des Familienrechts aufgenommen. Er ist eine der Prämissen, auf denen die Errungenschaftsbeteiligung aufgebaut ist [52]. Auch Hausheer bezeichnet die direkte oder indirekte Mithilfe am Vermögenserwerb während der Ehe als einen Gesichtspunkt, der für eine Beteiligung am Vermögen des andern Ehegatten doch im Vordergrund stehe [53]. In diesen Zusammenhang gehört auch ein Argument, das in der Expertenkommission immer wieder vorgebracht wurde, dass nämlich die Errungenschaftsbeteiligung eine Art société, eine Art einfache Gesellschaft,

[50] Vorn S. 34 f.
[51] Vorn S. 24 N 55.
[52] Prot. Expertenkommission S. 2587.
[53] Hausheer S. 17.

darstelle, die auf der Vermutung beruhe, dass die Ehegatten in gleicher Weise zum wirtschaftlichen Gedeihen der ehelichen Gemeinschaft beitrügen [54].

Auch das deutsche BGB und der österreichische Entwurf gehen bei der Ausgestaltung ihres ordentlichen Güterstandes von ähnlichen Überlegungen aus. So heisst es in der Bundestagsdrucksache zum Gleichberechtigungsgesetz: «Ein Ehegatte muss den anderen bei Beendigung des Güterstandes an seinem Zugewinn beteiligen, aber auch nur an seinem Zugewinn, nicht etwa an seinem ganzen Vermögen; denn nur der in der Ehe erzielte Zugewinn beruht auf der Mitarbeit des anderen Ehegatten[55].» In den Erläuterungen zur österreichischen Regierungsvorlage wird die Meinung vertreten, dass die Verteilung des Vermögenszuwachses in der durch das Wesen der Ehe gerechtfertigten Annahme begründet liege, dass beide Ehegatten während aufrechter Ehe einen gegenseitigen Beitrag zur Vermögensentwicklung leisten würden[56]. Dieser Beitrag reiche von Geld- oder Sachleistungen über die Mitwirkung beim Erwerb durch Hilfe im Unternehmen des anderen Ehegatten oder durch Ausübung eines eigenen Berufes, die Führung des Haushaltes oder die Erziehung der Kinder bis zum blossen Ratschlag, zur gelegentlichen, sich aber vielleicht sehr stark auswirkenden Hilfe und zur bloss moralischen Unterstützung oder seelischen Beeinflussung, die vielleicht oft die tiefere Ursache der Leistungen des anderen Ehegatten auch auf vermögensrechtlichem Gebiet sein könne[57].

In der Kritik der Sozialdemokratischen Frauengruppen der Schweiz an der Vorschlagsbeteiligung des geltenden Rechts ist der Gedanke des «gemeinsam Erarbeiteten» ebenfalls erkennbar. Sie sei vor allem ungerecht gegenüber der Bäuerin, der Frau des Bäckers, Metzgers und anderer Gewerbetreibender, die neben der Haushaltführung noch entscheidend im Betrieb des Mannes mithelfe[58].

Auch in der schweizerischen Rechtsliteratur, die sich seit Jahren mit der Revision des ehelichen Güterrechts beschäftigt, steht als Motiv für die Vorschlagsbeteiligung die Idee des «gemeinsam Erarbeiteten» im Vordergrund. Karrer ist der Ansicht, dass die während der Ehe gemachten Ersparnisse, seien diese nun im Eigentum des Mannes oder der Frau, den Anstrengungen beider Ehegatten zu verdanken seien, und dass deshalb jeder Ehegatte am Vorschlage des andern teilhaben solle[59]. Monika Haller begründet die Vorschlagsbeteiligung damit, dass dieser der von der Realität getragene Gedanke zugrunde liege, ein von einem Ehegatten während der Ehe erarbeiteter Vermögenszuwachs beruhe auf

[54] Prot. Expertenkommission S. 1967, S. 2581 unten, S. 2644.
[55] Deutsche Bundestagsdrucksache Nr. 224 vom 29. Januar 1954 S. 42 zu § 1378.
[56] Österr. Regierungsvorlage S. 13, 14; vgl. auch Familienrechtsreform Konkret S. 80.
[57] Österr. Regierungsvorlage S. 13.
[58] Eingabe SFG S. 2.
[59] Karrer S. 109.

dem vielgestaltigen Zusammenwirken beider Eheleute in der Ehe und sei vom anderen Ehegatten mitverursacht[60]. MONIKA HALLER konkretisiert diesen Gedanken mit den Worten: «Denn in der Vielzahl der Ehen (Bauern, Arbeiter, Mittelstand) ist – von den z.T. den Vorschlag bildenden Früchten des eingebrachten Frauengutes abgesehen – die Vorschlagsbildung nicht vornehmlich das Produkt ehemännlicher Arbeit, sondern ebensosehr durch Mitarbeit der Frau, sei es durch ihre Mithilfe im ehemännlichen Gewerbe, sei es durch eigene Erwerbstätigkeit und Beisteuerung an die ehelichen Lasten (Art. 192 II) bedingt[61].» KLAUS kommt in seiner Arbeit zum Schluss, dass güterrechtliche Verfügungen gemäss Art. 214 Abs. 3 ZGB (ehevertragliche Vorschlagszuweisung) nur dann das Pflichtteilsrecht der Erben nicht verletzen würden, wenn der güterrechtlichen Besserstellung eine entsprechende Mehrleistung des Begünstigten gegenüberstehe[62]. Daraus folgt, dass auch er der Ansicht ist, dass die Vorschlagsbeteiligung auf der Idee des «gemeinsam Erarbeiteten» beruht. STOCKER schliesslich vertrat in seinem Referat zum schweizerischen Ehegüterrecht die Meinung, dass in der grossen Mehrzahl der Ehegemeinschaften (Bauern, Arbeiter, Mittelstand) nur ein bescheidener Vorschlag erzielt werde, und dieser sei ebensosehr ein Produkt der Mitarbeit und – nicht zuletzt – der Sparsamkeit der Hausfrau und Mutter wie der Erwerbsarbeit des Mannes[63].

b) Kritik

Gemäss Art. 192 Abs. 2 ZGB hat die Ehefrau ihren Arbeitserwerb, soweit erforderlich, für die Bedürfnisse des Haushalts zu verwenden. MONIKA HALLER wertet einen solchen Beitrag der Ehefrau als Beitrag an die Bildung des ehemännlichen Vorschlages[64]. Dazu ist zu bemerken, dass es sich hier um Beiträge an die ehelichen Lasten handelt, die den Vorschlag zumindest nicht direkt mehren. Für eine indirekte Mehrung, die dadurch bewirkt werden kann, dass die Ehefrau zuviel leistet und dadurch die Errungenschaft des Mannes schont, sieht der Entwurf in Art. 166 einen Ausgleich vor[65], so dass eine Vorschlagsbeteiligung zu einer doppelten Berücksichtigung ein und derselben Leistung der Frau führen würde und darum verfehlt wäre.

Wenden wir uns nun dem konkretesten Grund für die Vorschlagsbeteiligung zu, den wir aus den unter a) dargestellten Meinungen herauskristallisieren können, nämlich der Mitarbeit des einen Ehegatten im Beruf oder Gewerbe des anderen. Zu diesem Argument ist zunächst zu sagen, dass es, je mehr unsere Ge-

60 HALLER S. 183.
61 HALLER S. 49.
62 KLAUS S. 144.
63 STOCKER S. 368a.
64 Oben N 61.
65 Vorn S. 41f.

sellschaft zu einer Gesellschaft von Unselbständigerwerbenden wird, an Bedeutung verliert[66]; denn eine Mitarbeit im Beruf oder Gewerbe des andern Ehegatten ist doch wohl in den allermeisten Fällen auf Selbständigerwerbende beschränkt[67]. Dies geht auch aus dem Umstand hervor, dass als Beispiele für Ehen, in denen eine berufliche Zusammenarbeit möglich ist, in erster Linie die Ehen von Bauern und Gewerbetreibenden wie Bäckern, Metzgern usw. genannt werden[68].

Ein weiteres Argument gegen die Heranziehung der Mitarbeit des einen Ehegatten im Beruf oder Gewerbe des anderen zur Begründung der Vorschlagsbeteiligung liefert uns der Entwurf selber. Wie wir vorn gesehen haben, war das Bundesgericht bisher in der Annahme eines stillschweigend geschlossenen Arbeitsvertrages gemäss Art. 320 Abs. 2 OR im Verhältnis zwischen Ehegatten äusserst zurückhaltend, so dass sich Ehefrauen, die im Beruf ihres Mannes mitarbeiteten, in der Regel mit einer Beteiligung am Vorschlag als Entschädigung begnügen mussten[69]. Dieser Praxis will nun der Entwurf einen Riegel schieben, indem er in Art. 163 Abs. 3 bestimmt, dass die Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des andern Ehegatten nur dann zu den ehelichen Lasten gehört, wenn sie notwendig und zumutbar ist. «Notwendig» muss die Mitarbeit aus der Sicht desjenigen Ehegatten sein, der sie fordert[70], und «notwendig» ist die Mitarbeit dann, wenn der erwirtschaftete Gewinn nicht dazu ausreicht, eine fremde – jedoch für die Ausübung des Berufs oder Gewerbes erforderliche – Hilfskraft zu entlöhnen und zusätzlich den eigenen finanziellen Bedarf zu decken. «Zumutbar» muss die – notwendige – Mitarbeit aus der Sicht desjenigen Ehegatten sein, von dem sie gefordert wird[71]. Um die Frage zu entscheiden, ob eine Mitarbeit zumutbar ist oder nicht, muss die Belastung des Ehegatten, von dem die Mitarbeit verlangt wird, abgewogen werden gegen die Zumutbarkeit eines Berufswechsels des Ehegatten, der die Mitarbeit verlangt. Aus den Beratungen der Expertenkommission geht klar hervor, dass alle Mitarbeit, die ausserhalb des Rahmens von Art. 163 Abs. 3 des Entwurfs geleistet wird, wie die Mitarbeit eines Dritten sofort und voll entschädigt werden muss[72]. Demnach kommt eine Entschädigung der Mitarbeit durch Vorschlagsbeteiligung nur noch für Ehen Selbständigerwerbender in Frage, wo die Mitarbeit zudem notwendig und zumutbar ist, also vor allem für Ehen in kleinbäuerlichen und kleingewerblichen Verhältnissen. Nun sind aber solche Ehen heute so selten, dass sie der Regelung des ehe-

66 Vgl. dazu die statistischen Angaben vorn S. 33
67 Ein ausgefallenes Gegenbeispiel ist vorn S. 33 N 96 erwähnt.
68 Vgl. dazu vorn S. 48 N 58.
69 Vorn S. 33 f.
70 Prot. Subkommission S. 2042 oben.
71 Prot. Subkommission S. 2042 oben.
72 Prot. Expertenkommission S. 1912 unten f.; Prot. Subkommission S. 2039 ff.

lichen Güterrechts nicht mehr als Modell zugrunde gelegt werden dürfen[73]. Ein zusätzliches Problem ergibt sich aus der im Entwurf vorgesehenen Gegenseitigkeit der Vorschlagsbeteiligung. So erhält wohl derjenige Ehegatte, der im Beruf oder Gewerbe des anderen notwendige und zumutbare Mitarbeit leistet, einen Anteil an dessen Vorschlag. Seinen eigenen Vorschlag muss er jedoch unbegründeterweise ebenfalls teilen.

Wir wollen das soeben Gesagte noch etwas präzisieren: Bei Arbeitsleistungen eines Ehegatten ausserhalb des Haushalts kann also unterschieden werden zwischen der notwendigen und zumutbaren Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des anderen Ehegatten gemäss Art. 163 Abs. 3 des Entwurfs einerseits und sonstigen Arbeitsleistungen andererseits. Unter «sonstigen Arbeitsleistungen» verstehen wir sowohl solche, die zugunsten eines beliebigen Dritten erfolgen wie auch solche, die im Beruf oder Gewerbe des anderen Ehegatten erbracht werden, jedoch sofort und voll entschädigt werden müssen.

Auch die «sonstigen Arbeitsleistungen» können für die Deckung des finanziellen Bedarfs der ehelichen Gemeinschaft notwendig sein. Im Gegensatz dazu sind jedoch die Arbeitsleistungen gemäss Art. 163 Abs. 3 des Entwurfs nicht nur für die Deckung des finanziellen Bedarfs, sondern auch für die Weiterexistenz des Berufs oder Gewerbes des anderen Ehegatten notwendig, so dass dem mitarbeitenden Ehegatten – anders als bei den «sonstigen Arbeitsleistungen» – gar keine andere Wahl bleibt, als in dem betreffenden Beruf oder Gewerbe mitzuhelfen.

Die «sonstigen Arbeitsleistungen» sind sofort und voll zu entschädigen, was sich bei Arbeitsleistungen gegenüber Drittpersonen von selbst versteht. Aber auch im Falle der Arztfrau, die als Laborantin in der Arztpraxis ihres Mannes mitarbeitet, wäre es gemäss Entwurf nicht anders[74]; wohl muss auch sie von diesem Verdienst einen verhältnismässigen Anteil als Beitrag an die ehelichen Lasten abzweigen, aber dadurch, dass sie den Lohn, wie wenn sie bei einem fremden Arzt arbeiten würde, voll und zudem sofort ausbezahlt erhält, ist sie finanziell doch viel selbständiger. Im Falle einer Mithilfe gemäss Art. 163 Abs. 3 des Entwurfs wird hingegen der Beitrag an die ehelichen Lasten einbehalten – also nicht ausbezahlt – und zudem ein allfälliger durch Mehrleistung entstandener Überschuss erst bei Auflösung des Güterstandes entrichtet. Wenn also der mitarbeitende Ehegatte zuerst stirbt, sieht er von diesem Überschuss überhaupt nie etwas. Eine so harte Konsequenz – dies sieht der Entwurf völlig richtig – muss die Ausnahme bleiben. Sie soll auf Fälle beschränkt werden, in denen Überschüsse meist in den Betrieb reinvestiert werden müssen und zudem eine

[73] Vgl. die statistischen Angaben auf S. 33.
[74] Vgl. vorn S. 34.

zuverlässige Gewinnermittlung überhaupt erst bei Auflösung des Güterstandes möglich ist, also auf kleinbäuerliche und kleingewerbliche Verhältnisse. Entsprechend niedrig wird hier auch der Gewinn – respektive der Vorschlag – ausfallen.

Es gibt allerdings eine Möglichkeit, die Vorschlagsbeteiligung auch für nichtbäuerliche und nichtgewerbliche Ehen zu rechtfertigen, indem man sie mit einer sehr weit gefassten Mitwirkung begründet, wie dies zum Beispiel die österreichische Regierungsvorlage tut. Hier werden auch blosse Ratschläge und bloss moralische Unterstützung oder seelische Beeinflussung als ausreichend angesehen, um einen Ausgleich des Vermögenszuwachses unter dem Gesichtspunkt des «gemeinsam Erarbeiteten» zu rechtfertigen[75]. Man muss sich aber doch fragen, ob eine so weitgehende Interpretation der Idee des «gemeinsam Erarbeiteten» noch zulässig ist, ob diese Kommerzialisierung der ehelichen Gefühlswelt nicht zu weit führt. Auch im mitmenschlichen Freundschaftsverhältnis sind ja gegenseitige moralische Unterstützung und seelische Beeinflussung üblich, ohne dass dies zu Entgeltsansprüchen führen würde. Es ist nichts dagegen einzuwenden, dass sich die gegenseitige Zuneigung der Ehegatten und das daraus resultierende seelisch-moralische Wohlbefinden vermögensrechtlich auswirken, aber nicht unter dem Aspekt des «gemeinsam Erarbeiteten», sondern unter dem Aspekt der gegenseitigen finanziellen Unterstützungs- und Vorsorgepflicht. Wir werden auf diesen Punkt noch zu sprechen kommen.

4. Die Sparsamkeit bei der Haushaltführung

Die sparsame Haushaltführung der Ehefrau spielte, wie wir gesehen haben, bereits zur Zeit der Einführung des ZGB eine Rolle bei der Rechtfertigung der Vorschlagsbeteiligung. Auch in den Revisionspostulaten taucht dieses Argument immer wieder auf: Treues und gutes Haushalten sei für das Zustandekommen eines Vorschlages vielfach ausschlaggebend[76]. An der Regelung des geltenden Rechts haben wir kritisiert, dass bei der Gütertrennung keine Vorschlagsbeteiligung und damit keine Entschädigung für eine sparsame Führung des Haushalts vorgesehen ist[77]. Im Entwurf ist nun dieser Mangel behoben; denn die Errungenschaftsbeteiligung ist eine Gütertrennung, verbunden mit einer Beteiligung am Vorschlag.

Allerdings wirft auch hier der Umstand Probleme auf, dass der Entwurf eine gegenseitige Vorschlagsbeteiligung vorsieht; denn eigentlich sollte nur derjenige Ehegatte entschädigt werden, der den Haushalt tatsächlich sparsam führt.

[75] Vorn S. 48 N 57.

[76] Eingabe SFG S. 6; Eingabe BSF S. 2; Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (1962) S. 99.

[77] Vorn S. 31.

In dieser Hinsicht ist das geltende Recht konsequenter: Einerseits verpflichtet es die Ehefrau zur Haushaltführung, andererseits gewährt es aber auch nur ihr eine Vorschlagsbeteiligung.

Bezüglich der weiteren Probleme, die sich aus dem Versuch ergeben, die Vorschlagsbeteiligung mit der Sparsamkeit des den Haushalt führenden Ehegatten zu begründen, kann auf die vorn [78] gemachten Ausführungen verwiesen werden.

5. Der Hausfrauenlohn

Der Begriff «Hausfrauenlohn» ist zumindest im Hinblick auf den Entwurf nicht ganz exakt, da nach diesem auch ein «Hausmann» denkbar wäre; denn der Entwurf verzichtet im Gegensatz zum geltenden Recht auf eine starre Rollenverteilung innerhalb der Ehe. Der Begriff soll hier jedoch beibehalten werden, weil er sich in der Diskussion eingebürgert hat.

Die Idee des Hausfrauenlohns wird in der Stellungnahme der Sozialdemokratischen Frauengruppen angetönt, wenn es dort unter anderem heisst, die geltende Vorschlagsbeteiligung des Art. 214 ZGB sei ungerecht gegenüber all den fleissigen Hausfrauen, die Jahr und Tag, ohne Lohn ausser der Deckung ihrer Lebenshaltungskosten, ihre Kräfte für den Haushalt und für die Erziehung der Kinder einsetzten [79].

Deutlicher wird § 1240 der österreichischen Regierungsvorlage. Dort werden in Abs. 3 ausdrücklich die Führung des Haushalts und die Pflege und Erziehung der Kinder als Beiträge an die Vermögensbildung bezeichnet, die zu einer Beteiligung am Vermögenszuwachs berechtigten [80].

Dazu ist folgendes zu bemerken: Die Führung des Haushalts und die Betreuung der Kinder ist immer ein Beitrag an die ehelichen Lasten, und Beiträge des einen Ehegatten an die ehelichen Lasten finden in der Regel ihren Ausgleich in den Beiträgen des anderen. Nur dann, wenn sich die Beiträge beider Ehegatten an die ehelichen Lasten nicht im Gleichgewicht befinden, ist gemäss Art. 166 des Entwurfs ein besonderer, nämlich korrigierender, Ausgleich vorzunehmen. Würde man hingegen einen Hausfrauenlohn statuieren, der vom nicht im Haushalt tätigen Ehegatten zu bezahlen wäre, so würde dieser die ganzen ehelichen Lasten schlussendlich allein tragen.

6. Lucrum cessans

Aus einer Kritik GERNHUBERS an der Idee des Hausfrauenlohns tritt uns ein weiteres interessantes Motiv zur Begründung der Vorschlagsbeteiligung entgegen. GERNHUBER schreibt in seinem Lehrbuch des Familienrechts: «Verfehlt ist

[78] S. 31 f.
[79] Eingabe SFG S. 6.
[80] Österr. Regierungsvorlage S. 3.

allerdings die Überlegung, der Manneserwerb werde durch die Hausfrauentätigkeit mitverursacht. Die Beteiligung der Hausfrau am Zugewinn des Mannes ist nur zu rechtfertigen aus ihrer (Eigenerwerb weithin ausschliessenden) Verpflichtung zur Führung des Hauswesens [81].» Den gleichen Aspekt hebt auch die Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts hervor, wenn sie sagt, dass die Beteiligung im übrigen einen Ausgleich für den Verzicht der Ehefrau auf einen anderen Beruf und auf den entsprechenden Arbeitserwerb schaffen solle [82].

Es handelt sich hier um die Idee, den im Haushalt tätigen Ehegatten für einen entgangenen Gewinn – in der juristischen Terminologie «lucrum cessans» genannt – zu entschädigen. An sich wäre es vertretbar, diese Entschädigung durch eine Beteiligung am Vorschlag des anderen Ehegatten zu realisieren und dadurch einen Ausgleich dafür zu schaffen, dass dem im Haushalt tätigen Ehegatten die Chance weitgehend genommen wird, einen eigenen Vorschlag zu erwirtschaften. Diese Lösung hat allerdings den Nachteil, dass ein Ausgleich erst bei Auflösung des Güterstandes möglich ist und dass daher der haushaltende Ehegatte, sofern der Güterstand durch dessen Tod aufgelöst wird, nie in den Genuss seines Vorschlagsanteils kommt.

Der Entwurf sieht daher in Art. 164 Abs. 2 eine subtilere Lösung vor: «Erlauben es die Verhältnisse der Familie, hat er [der Ehegatte, der den Haushalt besorgt oder die Kinder betreut oder dem andern im Rahmen von Art. 163 Abs. 3 des Entwurfs in seinem Beruf oder Gewerbe hilft] [83] überdies Anspruch auf einen angemessenen Anteil am Einkommen, das der andere Ehegatte nicht für die ehelichen Lasten verwendet.» Aus den Beratungen der Expertenkommission geht eindeutig hervor, dass diese Bestimmung einen Ausgleich für allfällig entgangenen Gewinn (lucrum cessans) schaffen will [84]. Leider ging in der Endfassung von Art. 164 Abs. 2 des Entwurfs ein im Vorentwurf B noch vorhandener Zusatz verloren, der deutlich auf den dem Artikel zugrunde liegenden Gedanken des lucrum cessans hinwies und die Bestimmung zudem dahingehend präzisierte, dass auch den Vorteilen aus dem Zusammenleben Rechnung zu tragen sei [85]. Letzteres will besagen, dass dem Ehegatten, der zugunsten der Haushaltführung auf die Ausübung seines erlernten Berufes verzichtet, ein Ausgleich des entgangenen Gewinns nur dann zusteht, wenn dieser entgangene Gewinn nicht durch den vom andern Ehegatten garantierten Lebensstandard kompensiert oder gar übertroffen wird.

[81] Gernhuber S. 338 N 1.
[82] Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (1962) S. 99.
[83] Art. 164 Abs. 1 des Entwurfs.
[84] Prot. Subkommission S. 1911 und S. 2043.
[85] Art. 165 Abs. 2 des Vorentwurfs B; vgl. auch die bedauernde Kritik in: Prot. Expertenkommission S. 1918 und Prot. Subkommission S. 2677.

Da nun also der Entwurf bereits in den allgemeinen Ehewirkungen, nämlich in Art. 164 Abs. 2, einen Ausgleich des lucrum cessans vorsieht, ist es nicht möglich, die güterrechtliche Vorschlagsbeteiligung in Art. 207 ebenfalls mit dem Ausgleich des lucrum cessans zu begründen, da dies eine unnötige Doppelspurigkeit bedeuten würde. Ein Verzicht auf Art. 164 Abs. 2 des Entwurfs ist aber nicht wünschenswert, da dieser Artikel dem Einzelfall gerechter wird als die schematische Vorschlagsbeteiligung und zudem bei jedem Güterstande gilt.

7. Schlussfolgerung

Fassen wir das Ergebnis unserer Ausführungen zum Abgeltungsgedanken kurz zusammen: Im Entwurf fällt das Nutzungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Frauengut weg, so dass es nicht mehr als Grundlage für eine Vorschlagsbeteiligung dienen kann. Wie wir zudem gesehen haben, fallen auch die Idee des Hausfrauenlohns und die Idee des lucrum cessans als Begründung für die Vorschlagsbeteiligung ausser Betracht, und die sparsame Haushaltführung ist als Begründung zumindest sehr fragwürdig, wie übrigens auch die gegenseitige ethisch-moralische Unterstützung der Ehegatten beim Einkommenserwerb. So bleibt als einziges stichhaltiges Argument zur Rechtfertigung der Vorschlagsbeteiligung die notwendige und zumutbare Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des anderen Ehegatten gemäss Art. 163 Abs. 3 des Entwurfs. Eine derartige Mithilfe wird jedoch in der Regel auf kleinbäuerliche und kleingewerbliche Verhältnisse beschränkt sein, und es ist meines Erachtens unzulässig, in einer Gesellschaft, in der die Unselbständigerwerbenden immer mehr überhand nehmen, solche schon seit langem nur noch in einer Minderzahl von Ehen vorkommende Verhältnisse als Grundlage für die güterrechtliche Regelung beizubehalten. Allerdings darf die Vorschlagsbeteiligung nicht ersatzlos gestrichen werden, vielmehr muss für diejenigen Ehegatten, die im Rahmen von Art. 163 Abs. 3 des Entwurfs im Beruf oder Gewerbe des anderen Ehegatten mitarbeiten, eine angemessene Lösung gefunden werden. Denkbar wäre zum Beispiel eine Entschädigung in der Art des Lidlohns gemäss Art. 334 und 334bis ZGB. Bei der Berechnung der Forderung müsste aber immer daran gedacht werden, dass die Mitarbeit nur so weit zu entschädigen wäre, als ihr Erlös nicht zur Bestreitung der finanziellen ehelichen Lasten verwendet würde.

Behielte man jedoch die Vorschlagsbeteiligung bei, so führte dies in zahlreichen Fällen zu unbefriedigenden, ja ungerechten Ergebnissen. So meint GERNHUBER, dass etwa in einer Doppelverdienerehe die Zugewinngemeinschaft des geltenden (deutschen) Rechts ohne Grund die Leistungsunterschiede im Beruf nivelliere [86], und SCHWIND kritisiert die Annahme der österreichischen Regie-

[86] GERNHUBER S. 338.

rungsvorlage, dass beide Ehegatten während der Ehe einen gegenseitigen Beitrag zur Vermögensentwicklung leisten würden, und dass dieser Beitrag grundsätzlich gleich zu werten sei, mit den Worten: «Diese für die ganze Regelung grundlegende Annahme ist schlicht und einfach unrichtig und es wird keinen einzigen Fall geben, in dem sich ihre Richtigkeit erweisen Liesse [87].» BÄRMANN wiederum spricht vom «Damoklesschwert der Ausgleichsforderung», das zu einem schweren Hindernis in der gewerblichen Wirtschaft führen könne [88].

Immerhin sehen das deutsche BGB und die österreichische Regierungsvorlage Korrektive vor, die zumindest in den stossendsten Fällen Abhilfe schaffen sollen. So bestimmt § 1381 Abs. 1 BGB: «Der Schuldner kann die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, soweit der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falles grob unbillig wäre», und die österreichische Regierungsvorlage stellt in § 1240 Abs. 2 folgende Regel auf: «Der Ausgleichsanspruch besteht jedoch so weit nicht, als der Ehegatte, dessen Vermögenszuwachs geringer ist, zur Vermehrung des Vermögens des anderen nicht im gleichen Gewicht und Umfang beigetragen hat [89].» Der schweizerische Entwurf kennt keine analoge Bestimmung, und selbst das ungenügende Korrektiv [90] der ehevertraglichen Abänderung der Vorschlagsbeteiligung wird in Art. 209 für den Fall der Scheidung, Trennung oder Ungültigkeit der Ehe ausser Kraft gesetzt. Ganz generell ist jedoch zu sagen, dass ein Korrektiv nicht die Ausnahme in Richtung des Normalfalles korrigieren sollte, sondern den Normalfall in Richtung der Ausnahme.

8. Die erbrechtliche Lösung

Sowohl bei der Zugewinngemeinschaft des deutschen BGB wie auch beim Ausgleich des Vermögenszuwachses im österreichischen Entwurf stand, wie wir gesehen haben, der Abgeltungsgedanke Pate. Nun weisen aber die beiden Regelungen eine Eigentümlichkeit auf, die sich nur noch schwer mit dem Abgeltungsgedanken in Einklang bringen lässt. Sie sehen nämlich für den Fall, dass die Ehe durch Tod aufgelöst wird, anstelle der güterrechtlichen eine erbrechtliche Lösung vor. § 1371 BGB bestimmt in Abs. 1 wörtlich: «Wird der Güterstand durch den Tod eines Ehegatten beendet, so wird der Ausgleich des Zugewinns dadurch verwirklicht, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel der Erbschaft erhöht; hierbei ist unerheblich, ob die Ehegatten im einzelnen Fall einen Zugewinn erzielt haben.» Der österreichische Entwurf beschränkt in § 1237 Abs. 2 den Ausgleich des Vermögenszuwachses

[87] SCHWIND S. 331.
[88] BÄRMANN S. 229.
[89] Österr. Regierungsvorlage S. 3.
[90] Vorn S. 28.

auf die Fälle der Nichtigkeit, Aufhebung oder Scheidung der Ehe[91]. BRAGA meint zur deutschen Lösung, dass eine die Mitarbeit berücksichtigende Vermögensbeteiligung mit dem Instrument der gesetzlichen Erbfolge nicht zu verwirklichen sei[92]. Dem ist zuzustimmen: Weist bereits die Beteiligung am Vermögenszuwachs erhebliche Mängel auf, so führt die erbrechtliche Lösung, wo nicht einmal mehr ein Vermögenszuwachs vorausgesetzt wird, den Abgeltungsgedanken völlig ad absurdum.

Auch innerhalb der schweizerischen Expertenkommission wurde die erbrechtliche Lösung (reine Gütertrennung mit erhöhtem Erbrecht des überlebenden Ehegatten) als Alternative zu einer güterrechtlichen Lösung diskutiert[93]. Sie wurde jedoch als zu schematisch in bezug auf den Abgeltungsgedanken abgelehnt[94]. Ausserdem hätte sie den Nachteil, dass sie nur bei Auflösung der Ehe durch Tod anwendbar wäre und deshalb für die andern Auflösungsgründe doch wieder eine güterrechtliche Regelung gefunden werden müsste. Zur Realisierung des Abgeltungsgedankens eignet sich die erbrechtliche Lösung noch aus einem anderen Grunde nicht. Da die erbrechtliche Auseinandersetzung einseitig ist, könnte bloss der überlebende Ehegatte über das Erbrecht entschädigt werden. Dem vorverstorbenen Ehegatten, beziehungsweise dessen Erben, stünde jedoch gegen den überlebenden Ehegatten kein Anspruch zu, was sich insbesondere für Kinder des vorverstorbenen Ehegatten, die aus einer früheren Ehe stammen oder ausserehelich sind, fatal auswirken würde, da sie mit dem überlebenden Ehegatten nicht blutsverwandt sind und deshalb von diesem auch bei dessen Tod nichts zu erwarten hätten.

II. Der Gedanke der Versorgung des überlebenden Ehegatten

1. Vorbemerkung

In der Expertenkommission tauchte des öftern der gegenüber der Entstehungszeit des ZGB neue Gedanke auf, dass eine Rechtfertigung der Vorschlagsbeteiligung eher auf moralischer als auf vermögensrechtlicher Ebene gesucht werden müsse[95]. In diesen Zusammenhang gehört meines Erachtens auch die Idee der Schicksalsgemeinschaft, die immer wieder zur Begründung der Vorschlagsbeteiligung herangezogen wird[96]. Was will nun aber mit der Idee der «participation morale» oder der Schicksalsgemeinschaft konkret ausgedrückt

[91] Österr. Regierungsvorlage S. 2.
[92] BRAGA S. 111; vgl. auch GERNHUBER S. 392 oben.
[93] Vorn S. 12.
[94] Prot. Expertenkommission S. 1798.
[95] Prot. Expertenkommission S. 1695 und S. 1742.
[96] Prot. Subkommission S. 2219; HAUSHEER S. 11 unten.

werden? Sicher ist hier in erster Linie an die Realisierung der Versorgung des überlebenden Ehegatten nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft durch Tod zu denken. Der überlebende Ehegatte soll neben seinem Lebensgefährten nicht auch noch alle bisherigen Ansprüche auf dessen Vermögen verlieren. In der Tat gibt es zahlreiche Stimmen, die sich in dieser Richtung äussern. Natürlich hat der Versorgungsgedanke seine Bedeutung vor allem für den leistungsschwächeren Ehegatten, für den der Wegfall der Beiträge seines verstorbenen Partners nicht durch die nun freiwerdende eigene Kapazität aufgewogen werden kann.

2. Die Realisierung der Versorgung durch Beteiligung am Vorschlag

Karrer schreibt, dass eine Versorgung des überlebenden Ehegatten auf zwei Arten geschehen könne, nämlich güterrechtlich durch entsprechende Vorschlagsteilung oder erbrechtlich durch Beteiligung des überlebenden an der Erbschaft des vorverstorbenen Gatten, wobei das ZGB eine Kombination der beiden Möglichkeiten verwirklicht habe [97]. Auch Hausheer sieht eine Erhöhung des Vorschlagsanteils der Ehefrau (im Vergleich zum geltenden Recht) unter anderem in einer stärkeren Betonung der Schicksalsgemeinschaft motiviert [98]. Die Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts schliesslich kommt in ihrem Bericht im Zusammenhang mit den Erörterungen über die Vorschlagsbeteiligung zum Schluss, dass beim Tode eines Ehegatten der Gedanke, den Überlebenden zu versorgen, im Vordergrund stehen müsse [99].

3. Andere Möglichkeiten zur Realisierung der Vorsorge

Die Vorsorge für den überlebenden Ehegatten wurde seit jeher als eine Funktion des ehelichen Güterrechts angesehen. In diesem Zusammenhang begegnen wir – unter anderem in den alemannischen Statutarrechten der Zentralschweiz – dem alten güterrechtlichen Institut des sogenannten«Eherechts» [100]. Das «Eherecht» bestand in einem Anspruch des überlebenden Ehegatten auf eine Quote des Nachlasses des vorverstorbenen Ehegatten zu Eigentum oder Nutzniessung. Sehr bald finden wir jedoch dieses «Eherecht» auch als «Erbrecht des überlebenden Ehegatten» aufgefasst [101] und die dem überlebenden Ehegatten zustehende Quote als «Statutarportion» (portio statutaria) bezeichnet [102]. Diese Statutarportion bestand entweder in einer Quote bloss des Fahrnisvermögens oder aber des Gesamtvermögens des Verstorbenen, und meistens war sie fest fixiert.

[97] Karrer S. 113.
[98] Hausheer S. 11 unten.
[99] Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (1962) S. 140.
[100] Huber, System IV S. 471; zahlreiche Beispiele bei Blumer I S. 489 ff. und II S. 179 ff.
[101] Huber, System IV S. 474 ff.
[102] Huber, System II S. 136.

Sie konnte aber auch, je nach der Nähe der Verwandtschaft der übrigen Erben, variieren [103].

Heute wird dem Erbrecht des überlebenden Ehegatten ganz allgemein auch eine Versorgungs- oder Vorsorgefunktion zuerkannt. So bezeichnet LEMP das gesetzliche Erbrecht unter den Ehegatten als Ausfluss der Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 2, 160 Abs. 2 und 171 ZGB [104], und auch ESCHER ist der Meinung, dass heute allein das Erbrecht die Aufgabe übernehme, nach Auflösung der Ehe für den überlebenden Ehegatten zu sorgen [105]. Fälschlicherweise kritisiert jedoch letzterer meines Erachtens an derselben Stelle die Praxis mancher alter kantonaler Rechte, die Versorgung des überlebenden Ehegatten im Güterrecht zu regeln, ist doch diese Praxis, wie wir gesehen haben, die ursprünglichere.

Was nun die Versorgungs- oder Vorsorgefunktion anbelangt, so kann diese vom Erbrecht nur wahrgenommen werden, insoweit dieses unentziehbar ist. Diese Voraussetzung erfüllt nur der Pflichtteil. In Rechtsordnungen, die, wie zum Beispiel die unsrige, den Pflichtteil des überlebenden Ehegatten nach der Nähe der Verwandschaft der übrigen Erben zum Erblasser variieren, kommt zudem nur der in jedem Fall unentziehbare – also der kleinstmögliche – Pflichtteil des überlebenden Ehegatten zur Realisierung der Vorsorge in Frage [106]; im ZGB ist dies der Pflichtteil gegenüber den Nachkommen des Erblassers.

Neben dem alten güterrechtlichen «Eherecht» – das sich heute im kleinstmöglichen Pflichtteil des überlebenden Ehegatten manifestiert – besitzt jedoch das moderne Erbrecht des überlebenden Ehegatten noch eine zweite Wurzel: Es ist, soweit es nämlich den kleinstmöglichen Pflichtteil übersteigt, zugleich auch ein echtes Intestaterbrecht, das sich in nichts vom Erbrecht der übrigen Erben unterscheidet [107] und in erster Linie die Aufgabe hat, Privateigentum und Rechtssicherheit zu garantieren [108]. «Was die Person des Erben betrifft, so hat die normative Entscheidung (im geltenden Erbrecht) einen subsidiären Charakter angesichts der Priorität der gewillkürten Erbfolge (Testament) als Ausdruck der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG). Die gesetzliche Erbfolge orientiert sich daher ihrerseits an der präsumptiven Entscheidung eines freilich verfassungskonform denkenden Erblassers, der typischerweise zunächst nähere Verwandte und den Ehegatten, ersatzweise weitere Verwandte bedenkt [109].» Auf Grund der Tatsache, dass ein Erblasser gemäss § 2303 BGB über mindestens die Hälfte der

[103] HUBER, System IV S. 472 f.
[104] LEMP S. 5 N 2.
[105] ESCHER Art. 462 N 5; vgl. auch HAUSHEER S. 16 und KLAUS S. 3.
[106] PETER S. 16.
[107] HUBER, System IV S. 478 unten f.
[108] BRAGA S. 116.
[109] BRAGA S. 116.

Erbmasse letztwillig frei verfügen darf, gemäss Art. 471 Ziff. 1 und 4 ZGB jedoch bis zu $^{13}/_{16}$ der Erbmasse durch Pflichtteilsrechte gebunden sein können, ist das eben angeführte Zitat in bezug auf die «Priorität der gewillkürten Erbfolge» für das schweizerische Recht kaum zutreffend. Trotzdem kann der Meinung Bragas, dass sich die gesetzliche Erbfolge an der präsumtiven Entscheidung eines verfassungskonform denkenden Erblassers orientiere, auch für die schweizerische Rechtsordnung durchaus zugestimmt werden.

In der heutigen Zeit tritt ein neuer Aspekt im Zusammenhang mit der Versorgung des überlebenden Ehegatten immer stärker in den Vordergrund. So sagt etwa Lange, dass die Notwendigkeit der Versorgung des überlebenden Ehegatten aus dem Nachlass immer mehr zurücktrete; die wirtschaftliche Lage des Mannes werde durch den Tod seiner Frau meist nicht berührt, aber auch die Witwe sei durch Pension, Lebensversicherung, Sozialversicherung und Unterstützung immer mehr gesichert, zumindest vor Not geschützt [110]. Auch in der Expertenkommission wurde die steigende Bedeutung der Sozialversicherung hervorgehoben [111]. Wir werden darauf noch zu sprechen kommen.

4. Mögliche Gründe für eine Realisierung der Versorgungsansprüche des überlebenden Ehegatten durch Beteiligung am Vorschlag

a) Die Familiengutsidee

In der Expertenkommission wurde als Argument gegen eine erbrechtliche Lösung, das heisst gegen eine Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten (eine Abschaffung des bisherigen Erbrechts stand nie zur Diskussion), folgendes Beispiel vorgebracht: Zwei junge Eheleute stammen beide aus begüterten Familien; die Frau hat noch nicht geerbt, der Mann hat bereits geerbt. Nun verunglückt der Mann bei einem Militärunfall tödlich. Ist es nun befriedigend, so wird gefragt, dass das Vermögen des Mannes unabhängig davon verteilt wird, ob es aus gemeinsamer Arbeit entstanden ist oder nicht [112]? Auch Lange gibt im Zusammenhang mit der erbrechtlichen Lösung des BGB [113] ein ähnliches Beispiel, und er bemerkt dazu: «Es mag berechtigt oder jedenfalls tragbar sein, dass der überlebende Ehegatte mit der Hälfte des zugewonnenen Gutes in einer zweiten Ehe in eine andere Familie übergeht; es erscheint jedoch untragbar, dass er das auch mit dem Familiengute tun kann [114].»

[110] Lange, Erbrecht S. 117 N 1.
[111] Prot. Expertenkommission S. 2644 unten f.
[112] Prot. Expertenkommission S. 1798.
[113] Vgl. vorn S. 56 f.
[114] Lange, NJW S. 1386.

Hier taucht also wieder die Familiengutsidee auf, der wir bereits vorn [115] einmal begegnet sind. Dort ging es um den Güterstand. Erinnern wir uns: Im ältesten Güterstand der Eigentumseinheit erhielt der Mann sämtliches Vermögen, das die Frau mit in die Ehe brachte, zu Eigentum, und zwar ohne dass die Frau dafür eine Ersatzforderung erhalten hätte. Als nun die Töchter innerhalb der Familie erbberechtigt wurden, führte dies vor allem bei kinderlosen Ehen zu stossenden Ergebnissen, und die Familiengutsidee sorgte für die Entstehung der Güterverbindung, bei der das Eigentum am eingebrachten Gut getrennt bleibt. Bei einer erbrechtlichen Lösung zur Realisierung des Vorsorgegedankens besteht nun wiederum die Gefahr, dass namentlich ererbtes Familiengut des vorverstorbenen Ehegatten in eine fremde Familie übergeht, insbesondere dann, wenn die Ehe kinderlos geblieben ist. Aus diesem Blickwinkel ist es verständlich, dass man die Vorsorge für den überlebenden Ehegatten soweit als möglich über einen Anteil am Vorschlag realisieren und zumindest den bisherigen Erbteil nicht erhöhen will. Allerdings ist die Errungenschaft – und damit der Vorschlag – im Entwurf zu eng definiert, wenn man nur die Familiengutsidee im Auge hat. Von der Familiengutsidee her gesehen, würde es vollkommen genügen, diejenigen Vermögensbestandteile gegen den Übergang in eine fremde Familie zu schützen, die tatsächlich aus der eigenen Familie stammen. Dazu gehört das vor der Ehe Erarbeitete ebensowenig wie die unentgeltliche Zuwendung eines Dritten [116].

b) Die Berücksichtigung der Ehedauer

In der Expertenkommission wurde die erbrechtliche Lösung immer wieder mit dem Hinweis kritisiert, dass sie die Ehedauer zuwenig berücksichtige [117]. Tatsächlich ist die Grösse des Gesamtvermögens eines Ehegatten – vor allem wegen der Erbschaften – weniger von der Ehedauer abhängig als die Grösse der Errungenschaft. Von der Errungenschaft lässt sich sagen, dass sie in einer expandierenden Wirtschaft in der Regel mit zunehmender Ehedauer wächst. Es stellt sich nun die Frage nach dem Grund für eine Berücksichtigung der Ehedauer bei der Bemessung des Anteils des überlebenden Ehegatten am Vermögen des vorverstorbenen.

Zunächst wäre hier an eine Art «Treueprämie» zu denken [118]. Zu Recht wurde jedoch in der Expertenkommission darauf hingewiesen, dass die Ehedauer an sich noch keinen Wert darstelle [119]. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb in einer jungen Ehe dem Wunsch und dem Bedürfnis nach einer genü-

[115] S. 17f.
[116] Vgl. dazu vorn S. 29ff.
[117] Prot. Expertenkommission S. 1763, S. 1811 und S. 1915.
[118] Prot. Subkommission S. 2641 und S. 2649.
[119] Prot. Subkommission S. 2651.

genden Versorgung des überlebenden Ehegatten – insbesondere wenn dieser der leistungsschwächere war und deshalb nach Beendigung der Ehe den bisherigen gemeinsamen Lebensstandard aus eigener Kraft nicht mehr aufrecht erhalten kann – weniger Beachtung geschenkt werden sollte als in einer alten. Bei einer ehelichen Gemeinschaft sollte doch der Intensität der Beziehung zwischen den Ehegatten grössere Bedeutung zukommen als deren Dauer.

Ein Problem im Zusammenhang mit der Ehedauer stellen die sogenannten «Abbruchehen» dar [120], das heisst solche Ehen, in denen zwischen beiden Ehegatten ein sehr grosser Altersunterschied besteht und der jüngere den älteren vorwiegend mit Blick auf die baldigst zu erwartende Erbschaft geheiratet hat. In solchen Fällen wäre eine güterrechtliche Lösung im Sinne der Vorschlagsbeteiligung einer erbrechtlichen Lösung tatsächlich vorzuziehen.

Schliesslich entsteht auch aus der Sicht von Stiefkindern eine gewisse Problematik, und zwar durch den Vermögensanspruch ihres Stiefvaters oder ihrer Stiefmutter gegenüber ihrem leiblichen Elternteil. Hier spielt allerdings die Dauer der Ehe bloss eine sekundäre Rolle. Zwar werden es die Stiefkinder in der Regel weniger stossend finden, das Vermögen ihres leiblichen Vaters oder ihrer leiblichen Mutter mit einem Stiefvater oder einer Stiefmutter teilen zu müssen, wenn die Ehe sehr lange gedauert hat; im Vordergrund steht aber doch ein anderer Aspekt, der mit der Ehedauer nichts zu tun hat: Seit es ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten gibt, ist es für die Erben des elterlichen und grosselterlichen Stammes nichts Aussergewöhnliches, die Erbschaft mit einem nicht blutsverwandten Erben, gegenüber welchem sie zudem selber nicht erbberechtigt sind, teilen zu müssen; Widerstände bestehen, wie wir gesehen haben, nur bezüglich des Familiengutes. Für die Nachkommen des Erblassers ist diese Situation dagegen selten, und sie wird daher gemeinhin als stossend empfunden [121]; denn in der Regel erben ausserehelliche Kinder nach Gesetz das Vermögen eines verstorbenen Elternteils direkt und eheliche Kinder spätestens beim Tode des zweiten (leiblichen) Elternteils. Will man daher aus diesem Grunde den Vermögensanspruch des Stiefelternteils möglichst klein halten, gesteht man aber andererseits doch zu, dass dieser Anspruch um so weniger stossend erscheint, je länger die Zweitehe gedauert hat, dann ist die Vorschlagsbeteiligung eine geeignete Lösung.

[120] Prot. Subkommission S. 2639 und S. 2641.

[121] Insbesondere haben die Kinder zur Wiederverheiratung ihres leiblichen Elternteils nichts zu sagen, während bei der anderen Möglichkeit, durch die ihnen eine nicht blutsverwandte Konkurrenz im Erbrecht erwachsen kann, bei der Adoption nämlich, immerhin ihre Einstellung zur Adoption von der Adoptionsbehörde zu würdigen ist (Art. 268a Abs. 3 ZGB). Die Adoption ist auch insofern weniger problematisch, als zwischen leiblichen Kindern und Adoptivkindern ein volles gegenseitiges Erbrecht besteht, während dies im Verhältnis zwischen Stiefeltern und Stiefkindern nicht der Fall ist.

5. Mängel der Vorschlagsbeteiligung des Entwurfs in bezug auf die Realisierung des Vorsorgegedankens

Art. 207 des Entwurfs sieht eine gegenseitige Vorschlagsbeteiligung der Ehegatten vor. Auf die Realisierung der Vorsorge wirkt sich dies denkbar ungünstig aus. Die Gegenseitigkeit ist denn auch mehr auf den Abgeltungsgedanken hin konzipiert worden. Dies sollen folgende zwei Beispiele erläutern:

- Ein Ehemann arbeitet in einer sehr einträglichen Stellung, die es ihm erlaubt, einen ansehnlichen Vorschlag zu erwirtschaften. Seine Frau führt den Haushalt und arbeitet daneben in einer Halbtagsstelle, was ihr ebenfalls die Bildung eines – wenn auch bescheidenen – Vorschlags ermöglicht. Nun stirbt der Ehemann, und die Frau erhält gemäss der Bestimmung des Art. 207 des Entwurfs die Hälfte des ehemännlichen Vorschlags. Da dieser sehr umfangreich ist, wird ihr ein sorgloser Lebensabend ermöglicht. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb sie die Hälfte ihres eigenen – vielleicht mühsam erarbeiteten – Vorschlages an die Erben des Mannes abtreten soll.
- Noch stossender ist der umgekehrte Fall. Wenn die Ehefrau zuerst stirbt, so erhält der Mann wohl die Hälfte ihres bescheidenen Vorschlags, muss jedoch andererseits die Hälfte seines eigenen grossen Vorschlags bereits zu seinen Lebzeiten an die Erben seiner Frau abtreten [121a].

In dieser Beziehung sah die Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts in Art. M der Bestimmungen zum ehelichen Güterrecht für den Fall der Eheauflösung durch Tod eine geeignetere Regelung vor, indem sie nur den Vorschlag des vorverstorbenen Ehegatten zur Teilung bringen wollte [122].

Die Vorschlagsbeteiligung des Entwurfs hat im Hinblick auf die Realisierung des Vorsorgegedankens noch einen weiteren Nachteil. Wir haben vorn bereits festgestellt, dass der Versorgungsanspruch möglichst unentziehbar sein sollte. Verwirklicht man die Vorsorge über den erbrechtlichen Pflichtteil, so ist ein Entzug nur unter ganz strengen Voraussetzungen möglich, nämlich dann, wenn ein Enterbungsgrund vorliegt. Nun sieht der Entwurf neben dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung noch einen ausserordentlichen Güterstand – nämlich die reine Gütertrennung – vor, die keine Vorschlagsbeteiligung kennt. Diese Gütertrennung kann zunächst einmal durch Ehevertrag [123] herbeigeführt werden, was insofern weniger problematisch ist, als derjenige Ehegatte, der dadurch benachteiligt würde, dieser Benachteiligung zustimmen muss. Hingegen kennt der Entwurf in Art. 190 auch eine gerichtliche Gütertren-

[121a] Immerhin ergibt sich in den beiden genannten Fällen insofern eine Milderung, als der überlebende Ehegatte ja selber auch zu den Erben des vorverstorbenen gehört und so über das Erbrecht wenigstens einen Teil der nach Güterrecht abzutretenden Vorschlagshälfte zurückerhält.

[122] Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (1962) S. 145.

[123] Art. 186 des Entwurfs.

nung, die gemäss Abs. 1 vom Eheschutzrichter auf Begehren eines Ehegatten anzuordnen ist, wenn wichtige Gründe dafür vorliegen. Abs. 2 bestimmt: «Ein wichtiger Grund liegt namentlich vor, wenn der andere Ehegatte

1. überschuldet ist, sein Vermögen schlecht verwaltet oder verschleudert und dadurch die vermögensrechtlichen Interessen des Gesuchstellers gefährdet werden;
2. auch nach gerichtlicher Aufforderung dem Gesuchsteller die Auskunft über sein Einkommen, sein Vermögen und seine Schulden verweigert;
3. dauernd urteilsunfähig ist.»

Diese Gründe, die zum Entzug des Vorschlagsanteils des überlebenden Ehegatten führen können, sind bedeutend weniger streng als die Enterbungsgründe des Art. 477 ZGB. Zur Enterbung kann nämlich nur ein schweres Verbrechen gegen den Erblasser oder die schwere Verletzung der familienrechtlichen Pflichten gegenüber dem Erblasser oder einem von dessen Angehörigen führen.

6. Gründe für eine erbrechtliche Lösung

a) Der Entscheid der Expertenkommission

Wie wir vorn [124] gesehen haben, hat die Expertenkommission ursprünglich drei Varianten – zwei güterrechtliche und eine erbrechtliche – alternativ nebeneinandergestellt und sich schliesslich für eine der beiden güterrechtlichen, nämlich für die Errungenschaftsbeteiligung, entschieden. Nun erscheint aber im Entwurf plötzlich auch die erbrechtliche Lösung wieder, und zwar neben der güterrechtlichen. Der gesetzliche Erbanspruch des überlebenden Ehegatten gemäss Art. 462 ZGB soll neben Nachkommen des Erblassers auf die Hälfte und neben Erben des elterlichen Stammes auf drei Viertel der Erbschaft erhöht werden. Sind weder Nachkommen noch Erben des elterlichen Stammes vorhanden, so soll dem überlebenden Ehegatten gemäss Entwurf die ganze Erbschaft zufallen. Zudem ist vorgesehen, den Pflichtteil des überlebenden Ehegatten in Art. 471 ZGB auf drei Viertel des gesetzlichen Erbanspruchs festzulegen.

Stellt diese Kumulierung von güterrechtlicher und erbrechtlicher Lösung nicht eine überflüssige oder gar unzulässige Doppelspurigkeit dar? Meines Erachtens nicht; denn als man zunächst die erbrechtliche Lösung ablehnte, tat man dies mit Blick auf den Abgeltungsgedanken [125], während bei der späteren Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten der Versorgungsgedanke im Vordergrund stand. So wird im Zusammenhang mit den Änderungen im Erbrecht vor allem betont, dass die Eltern ihren Kindern eine immer längere beruf-

[124] S. 12.
[125] Vorn S. 57.

liche Ausbildung finanzieren würden [126] und dass sie deshalb das Recht hätten, im Alter zunächst an sich selbst und an die finanzielle Sicherung des überlebenden Ehegatten zu denken [127].

b) Vorteile der erbrechtlichen Lösung gegenüber der Vorschlagsbeteiligung

Um dem überlebenden Ehegatten die Beibehaltung des bisherigen Lebensstandards soweit als möglich zu garantieren, muss grundsätzlich das ganze Vermögen des vorverstorbenen Ehegatten, und nicht bloss dessen Vorschlag, herangezogen werden; denn der gegenseitige Unterhaltsanspruch war auch zu Lebzeiten beider Ehegatten nicht auf die Errungenschaft beschränkt, und oft steht während der Ehe das ganze Vermögen des einen Ehegatten (zum Beispiel ein ererbtes Wohnhaus) im Mitgenuss des anderen; zudem muss auch der durch den Tod eines Ehegatten möglicherweise entstehende Erwerbsausfall kompensiert werden. War der vorverstorbene Ehegatte gar schon zu seinen Lebzeiten, zum Beispiel aus Altersgründen, nicht mehr erwerbstätig, und musste aus diesem Grunde schon damals zur Bestreitung des Unterhalts der Familie auf dessen Vermögen zurückgegriffen werden, so ist es um so dringlicher, den überlebenden Ehegatten nicht bloss am – eventuell bereits verminderten – Vorschlag zu beteiligen.

Auch ist die erbrechtliche Lösung zur Realisierung des Vorsorgegedankens insofern geeigneter, als bei ihr im Gegensatz zur Vorschlagsbeteiligung, wie sie im Entwurf konzipiert ist, nur ein einseitiger Ausgleichsanspruch möglich ist [128], und ausserdem der erbrechtliche Pflichtteil nur unter ganz strengen Voraussetzungen (Enterbungsgründe) entzogen werden kann [129].

7. Zu den möglichen Mängeln einer erbrechtlichen Lösung

a) Die Familiengutsidee

Die Familiengutsidee spielt für die Begründung der Vorschlagsbeteiligung eine nicht unbedeutende Rolle [130]. Die Vorschlagsbeteiligung schliesst nämlich aus, dass insbesondere bei einer kinderlosen Ehe Familiengut in eine fremde Familie übergeht, während das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, wie es im Entwurf vorgesehen ist, einen solchen Übergang nicht ausschliessen kann. Dies kann übrigens auch das geltende Erbrecht nicht; aber hier ist es weniger problematisch, weil die gesetzlichen Erbteile und die Pflichtteile des überlebenden Ehegatten noch nicht so hoch sind.

126 Vgl. dazu den revidierten Art. 302 ZGB (Kindesrecht).
127 Prot. Expertenkommission S. 2583; Notes explicatives S. 273.
128 Vorn S. 63
129 Vorn S. 63f.
130 Vorn S. 60f.

Die Familiengutsidee könnte im Erbrecht in der Weise verwirklicht werden, dass man alles Familiengut, das dem überlebenden Ehegatten zufällt, mit einem Nacherbrecht zugunsten der Verwandten des Erblassers belasten würde. Um den Erbteil des überlebenden Ehegatten nur soweit als unbedingt nötig mit einem Nacherbrecht belasten zu müssen, wäre ihm zunächst alles Erbgut zuzuweisen, das nicht zugleich Familiengut darstellt. Denkbar wäre auch, dem überlebenden Ehegatten in bezug auf das ihm zufallende Familiengut bloss die Nutzniessung zuzugestehen. Eine derartige Verwirklichung der Familiengutsidee würde allerdings das Erbrecht erheblich komplizieren, und man muss sich deshalb fragen, ob die Idee heute noch so aktuell ist, dass man sie im Gesetz unbedingt berücksichtigen muss. Die Frage ist zu verneinen. Bereits das geltende Recht geht nämlich über den dem alten «Eherecht» entsprechenden – und damit notwendigen – kleinstmöglichen Pflichtteil hinaus und gesteht dem überlebenden Ehegatten daneben noch ein echtes – nicht unbedingt notwendiges – Intestaterbrecht zu. Damit wird die Familiengutsidee relativiert. Auch im Entwurf wird nicht nur der kleinstmögliche Pflichtteil erhöht, sondern der überlebende Ehegatte soll auch sonst erbrechtlich bessergestellt werden; die vorgesehene Abschaffung des Pflichtteils der Geschwister des Erblassers [131] deutet ebenfalls auf den schwindenden Einfluss der Familiengutsidee hin.

Ein weiteres gewichtiges Indiz für die Zurückdrängung der Familiengutsidee finden wir auch in dem durch das Bundesgesetz vom 30. Juni 1972 revidierten Adoptionsrecht. Nach der Bestimmung des revidierten Art. 267 Abs. 1 ZGB erhält das Adoptivkind die Rechtsstellung eines ehelichen Kindes der Adoptiveltern, und es tritt somit in volle erbrechtliche Konkurrenz mit den Blutsverwandten seiner Adoptiveltern. Auch diese Revision deutet an, dass in der heutigen Rechtsanschauung die individualistischen, auf freier Willensentscheidung des Erblassers beruhenden Bindungen – wie Adoption und Ehe in vermehrtem Masse gleichberechtigt neben die willensunabhängigen Bindungen durch die Blutsverwandtschaft treten.

b) Die Ehedauer

Wir haben vorn [132] bereits davon gesprochen, dass es im Zusammenhang mit den sogenannten «Abbruchehen» an sich erwünscht wäre, den Beteiligungsanspruch des überlebenden Ehegatten am Vermögen des vorverstorbenen entsprechend der Ehedauer abzustufen, und dass die Vorschlagsbeteiligung ein gangbarer Weg wäre, dies zu realisieren. Aber auch im Erbrecht liesse sich eine nach der Ehedauer abgestufte Beteiligung ohne weiteres denken. In der Experten-

[131] Vgl. Art. 471 des Entwurfs.
[132] S. 62.

kommission wurde in diesem Zusammenhang auf ein Lösungsmodell hingewiesen, das einen nach der Ehedauer abgestuften Erbanspruch des überlebenden Ehegatten kennt, und als Beispiel folgende Beteiligung genannt: ¼ bis 5 Jahre, ⅓ bis 10 Jahre und ½ bis 15 Jahre Ehedauer[133]. Für alle Ehen von noch längerer Dauer könnte eine einheitliche, etwas über der Hälfte liegende Quote festgesetzt werden. Zur möglichst genauen Erfassung der «Abbruchehen» müsste jedoch neben der Ehedauer auch noch der (grosse) Altersunterschied berücksichtigt werden; denn Ehen unter Gleichaltrigen oder beinahe Gleichaltrigen werden sich in der Regel nicht als «Abbruchehen» bezeichnen lassen, auch dann nicht, wenn sie nur kurze Zeit gedauert haben und zum Beispiel durch einen tödlichen Unfall frühzeitig beendet wurden[134]. Dies brächte jedoch im Erbrecht – wie übrigens auch im Güterrecht bei der Vorschlagsbeteiligung – eine erhebliche Komplizierung der gesetzlichen Regelung mit sich. Trotz einer solchen Modifizierung würden aber immer noch Ehen unter die Regelung fallen, die durchaus keine «Abbruchehen» sind. Da sich meines Erachtens «Abbruchehen» auf Grund äusserer Kriterien sowieso nicht von «normalen» Ehen unterscheiden lassen und andererseits innere Kriterien nicht ermittelt werden können, sollte man eher eine Lösung treffen, die den vielen «normalen» Ehen gerecht wird, und dabei in Kauf nehmen, dass in einigen – wohl wenigen – «Abbruchehen» davon profitiert wird, als umgekehrt die «Abbruchehen» reglementieren zu wollen und damit allen «normalen» Ehen Unrecht zu tun.

Im Zusammenhang mit der «Ehedauer» sind wir auch auf die Problematik gestossen, die sich für Stiefkinder aus der Erbberechtigung eines Stiefelternteils gegenüber ihrem leiblichen Elternteil ergeben kann[135]. Wir haben auch gesehen, dass der Ehedauer in diesem Rahmen bloss eine untergeordnete Bedeutung zukommt, insofern nämlich, als die Vermögensbeteiligung des Stiefelternteils in der Regel um so weniger stossend erscheint, je länger die Ehe gedauert hat; von diesem Gesichtspunkt aus lässt sich denn auch eine Beteiligung am (in der Regel sukzessiv wachsenden) Vorschlag vertreten. Hauptproblem ist jedoch die Vermögensbeteiligung des Stiefelternteils überhaupt, und auch eine noch so lange Stiefverwandttschaft wird keine Blutsverwandschaft entstehen lassen. Vor allem auch im Zusammenhang mit der Problematik um das Verhältnis zwischen Stiefeltern und Stiefkindern wurde deshalb die Einführung eines Nacherbrechts für die Verwandten des vorverstorbenen Ehegatten gegenüber dem überleben-

[133] Prot. Subkommission S. 2639 oben.

[134] Man müsste also im Gesetz zum Beispiel sagen, dass die zeitliche Abstufung der Erbquote nur für Ehen gelte, bei denen der Altersunterschied zwischen den Ehegatten mehr als 30 Jahre betrage. Ausnahmsweise wäre eine «Abbruchehe» auch bei einer Ehe zwischen zwei Gleichaltrigen denkbar, nämlich dann, wenn der frühe Tod des einen zum Beispiel wegen einer schweren Erkrankung – voraussehbar wäre.

[135] Vorn S. 62.

den Ehegatten erörtert [136]. Ein Nacherbrecht gegenüber ihrem Stiefvater oder ihrer Stiefmutter würde den Nachkommen des vorverstorbenen Ehegatten jedoch dann nichts nützen, wenn der Stiefelternteil praktisch gleich alt wäre wie sie. Dasselbe würde auch für den Fall gelten, dass man dem überlebenden Ehegatten bloss ein Nutzniessungsrecht zugestehen würde. Meines Erachtens ist deshalb die Regelung, wie sie der Entwurf zum Schutze vorehelicher Nachkommen gegen Beeinträchtigung ihrer erbrechtlichen Ansprüche durch Stiefeltern vorsieht, vorzuziehen. Danach soll Art. 471 Abs. 2 ZGB künftig lauten: «Neben dem überlebenden Ehegatten entspricht der Pflichtteil der nicht gemeinsamen, vor der Ehe gezeugten Kinder oder deren Nachkommen ihrem gesetzlichen Erbanspruch.» Mit dieser Bestimmung will man alle vorehelichen – also auch ausserehelichе – Kinder gegen eine allzu starke Anspruchskonkurrenz seitens der Stiefeltern schützen. Hingegen sollen damit nicht während der Ehe geborene ausserehelichе Kinder des Erblassers – sogenannte «Seitensprungkinder» – bessergestellt werden [137], obwohl auch sie mit dem überlebenden Ehegatten nicht blutsverwandt sind. Tönt hier nicht wieder die alte, gegen das ausserehelichе Kind gerichtete Mentalität an, deren letzte gesetzliche Auswirkungen eigentlich mit der Revision des Kindesrechts beseitigt werden sollten? Nach der Lösung des Entwurfs sollen demzufolge die Stiefkinder nicht auf Kosten des Versorgungsanspruchs des Stiefelternteils geschützt werden, sondern auf Kosten der verfügbaren Quote des leiblichen Elternteils.

Wie im Begleitbericht zum Vorentwurf richtig festgestellt wird, nimmt allerdings die Bedeutung des Erbrechts der Nachkommen gegenüber dem Erbrecht des überlebenden Ehegatten immer mehr ab. So erben auf Grund der allgemein höheren Lebenserwartung Nachkommen heute meistens erst, wenn sie selbst schon 40–50 Jahre alt sind und der Erbschaft zum Aufbau einer eigenen Existenz nicht mehr bedürfen. Vielmehr tragen die Eltern heutzutage bereits durch die Finanzierung einer Berufsausbildung zu einer genügenden Existenzsicherung ihrer Kinder bei [138]. Daher ist die Frage sicher berechtigt, ob es in Anbetracht dieses generellen Bedeutungsschwundes des Nachkommenerbrechts noch sinnvoll und notwendig ist, leibliche Kinder des Erblassers gegen allfällige Erbschaftsansprüche eines Stiefelternteils zu schützen, insbesondere auch deshalb, weil der einzelne Nachkomme heute durch die ständig abnehmende Kinderzahl pro Familie gegenüber früher erbrechtlich sowieso im Vorteil ist [139].

[136] Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (1962) S. 144.
[137] Vgl. dazu Prot. Subkommission S. 2648 ff.
[138] Begleitbericht zum Vorentwurf (1976) S. 60.
[139] Begleitbericht zum Vorentwurf (1976) S. 60.

8. Schlussfolgerung aus den Überlegungen zum Versorgungs- oder Vorsorgegedanken

Zur Realisierung des Versorgungs- oder Vorsorgegedankens ist die erbrechtliche Lösung der güterrechtlichen (Vorschlagsbeteiligung) vorzuziehen; denn die Versorgung des überlebenden Ehegatten sollte vom ganzen Vermögen des vorverstorbenen abhängig gemacht werden, da sie die Aufgabe hat, dem überlebenden Ehegatten die Aufrechterhaltung des bisherigen Lebensstandards zu ermöglichen. Da der Versorgungsanspruch in jedem Falle unentziehbar sein soll, kommt zur Verwirklichung des Vorsorgegedankens nur der kleinstmögliche Pflichtteil – also derjenige gegenüber den Nachkommen des Erblassers – in Frage. Dieser würde nach Art. 471 Abs. 1 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 462 Ziff. 1 des Entwurfs drei Viertel von der Hälfte – also drei Achtel – betragen. Dies wäre meines Erachtens durchaus angemessen.

Wegen der schwindenden Bedeutung der Familiengutsidee ist es vertretbar, auf die Belastung des Erbteils des überlebenden Ehegatten mit einem Nacherbrecht zugunsten der Verwandten des Erblassers im Umfang des sich darin befindlichen Familiengutes zu verzichten. Aus demselben Grunde erübrigt es sich auch, dem überlebenden Ehegatten im Umfang des ihm zufallenden Familiengutes bloss ein Nutzniessungsrecht zuzugestehen.

Das Problem der «Abbruchehen» lässt sich weder im Erbrecht noch im Güterrecht befriedigend lösen, ohne den – zweifellos viel zahlreicheren – «normalen» Ehen Unrecht zu tun.

Die Nachteile, die sich aus dem Erbrecht des überlebenden Ehegatten für dessen Stiefkinder ergeben können, hat der Entwurf durch die Bestimmung von Art. 471 Abs. 2 auf ein zumutbares Mass reduziert.

9. Der Versorgungsgedanke und die «zweite Säule»

Art. 34quater Abs. 1 BV lautet: «Der Bund trifft Massnahmen für eine ausreichende Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge. Diese beruht auf einer eidgenössischen Versicherung, der beruflichen Vorsorge und der Selbstvorsorge.» Diese Bestimmung, die am 3. Dezember 1973 von Volk und Ständen angenommen wurde, verankert die Drei-Säulen-Konzeption für die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge in der Verfassung.

Die erste Säule, eine für die ganze Bevölkerung obligatorische eidgenössische Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV), wird in Art. 34quater Abs. 2 BV näher umschrieben. Danach hat sie die Aufgabe, den «Existenzbedarf angemessen zu decken». Die achte AHV-Revision hat dieses Ziel weitgehend verwirklicht.

Die zweite Säule, die in Art. 34quater Abs. 3 BV grundgelegt ist, besteht in der beruflichen Vorsorge durch Versicherung bei geeigneten Vorsorgeeinrichtun-

gen. Die «Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG)» liegt bereits vor [140]. Die berufliche Vorsorge hat die Aufgabe, «Betagten, Hinterlassenen und Invaliden zusammen mit den Leistungen der eidgenössischen Versicherung [erste Säule] die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise zu ermöglichen». Die zweite Säule ist für Arbeitnehmer obligatorisch. Der Bund hat dafür zu sorgen, «dass Selbständigerwerbende freiwillig und zu gleichwertigen Bedingungen wie die Arbeitnehmer sich bei einer Vorsorgeeinrichtung versichern können. Die Versicherung kann für bestimmte Gruppen von Selbständigerwerbenden allgemein oder für einzelne Risiken obligatorisch erklärt werden» [141].

Die dritte Säule schliesslich, die in Art. 34quater Abs. 6 BV erwähnt wird, besteht in der Selbstvorsorge. Gemäss Botschaft des Bundesrates zum BVG hat die dritte Säule vor allem für die Selbständigerwerbenden Bedeutung, die dem Obligatorium der zweiten Säule nicht unterstehen [142].

Die zweite Säule hat also zunächst einmal die Aufgabe, den einzelnen Versicherten, wenn dieser aus Altersgründen nicht mehr erwerbstätig sein kann, ein Einkommen zu garantieren, das ihm die Fortsetzung der bisherigen Lebenshaltung ermöglicht. Diese Garantie soll sie auch für die Hinterlassenen eines Versicherten übernehmen. Uns interessiert vor allem die Frage, wie weit die zweite Säule die Vorsorgefunktion des Erbrechts in bezug auf den überlebenden Ehegatten übernehmen kann.

Gemäss Art. 19 des Entwurfs zum BVG [143] in Verbindung mit Art. 23 des AHVG [144] haben folgende Kategorien von überlebenden Ehegatten eines Versicherten einen Rentenanspruch: Witwen mit leiblichen oder adoptierten Kindern oder mit Pflegekindern, die durch den Tod des Ehemannes Anspruch auf eine Waisenrente haben, sowie Witwen ohne Kinder, sofern sie das 45. Altersjahr zurückgelegt haben und mindestens fünf Jahre verheiratet gewesen sind. Dazu ist zu ergänzen, dass gemäss Art. 8 des Entwurfs zum BVG [145] nur der Teil des anrechenbaren Jahreslohnes obligatorisch zu versichern ist, der zwischen 12000 Franken und höchstens 36000 Franken liegt. Nach Art. 7 Abs. 2 des Entwurfs zum BVG ist der anrechenbare Lohn der nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung massgebende Lohn, abzüglich der vom Bundesrat zu bestimmenden Lohnbestandteile [146]. Für Jahreslöhne unter 12000

[140] BBl 1976 I S. 149ff.
[141] Art. 34quater Abs. 3 lit. d BV.
[142] BBl 1976 I S. 149.
[143] BBl 1976 I S. 293.
[144] Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946.
[145] BBl 1976 I S. 290.
[146] BBl 1976 I S. 290.

Franken garantiert bereits die AHV-Rente (erste Säule) allein ein Einkommen, das für die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung ausreicht.

Nach dem Gesagten wird das Ehegattenerbrecht – man kann es als Bestandteil der dritten Säule bezeichnen – auch nach Inkrafttreten des BVG für folgende Fälle seine Bedeutung als Ersatz für den ausfallenden Erwerb oder die ausfallende Rente des vorverstorbenen Ehegatten behalten, sofern nicht eine freiwillige Versicherung besteht:

- generell für Witwer; denn in Art. 19 des Entwurfs zum BVG ist bloss eine Witwenrente, nicht jedoch eine Witwerrente, vorgesehen, was angesichts der Tatsache, dass man im ZGB die starre Rollenverteilung zwischen Mann und Frau in der Ehe aufgeben will und daher in Zukunft auch Hausmänner denkbar sein werden, leicht anachronistisch anmutet;
- für Witwen, die weder eigene Kinder noch Pflegekinder haben oder noch nicht 45 Jahre alt und mindestens fünf Jahre verheiratet sind;
- für Witwen, die wohl die Bedingungen für eine Rente erfüllen, deren Mann jedoch einen anrechenbaren Jahreslohn von mehr als 36000 Franken verdiente, in Bezug auf das die 36000 Franken übersteigende Einkommen;
- für Witwen von nicht obligatorisch versicherten Selbständigerwerbenden.

Das Ehegattenerbrecht hat jedoch seine Bedeutung nicht nur als Ersatz für die allenfalls durch den Tod eines Ehegatten wegfallenden Einkünfte, sondern es spielt als ergänzende dritte Säule auch in jenen Fällen eine gewichtige Rolle, in denen der Einkommensausfall, den ein Ehegatte durch den Tod seines Lebensgefährten erleidet, durch eine Hinterlassenenrente voll gedeckt ist. Eine Rente deckt ja nur den Verlust des laufenden Erwerbseinkommens des vorverstorbenen Ehegatten, nicht jedoch den Verlust der Vorteile, die dem überlebenden Ehegatten aus dessen Vermögen erwuchsen. War zum Beispiel der vorverstorbene Ehegatte Eigentümer eines Hauses, in dem beide Ehegatten wohnten, so kann die Hinterlassenenrente den Verlust dieses Hauses nicht kompensieren.

10. Vorsorgegedanke und Ehescheidung

Eine erbrechtliche Lösung ist per definitionem nur bei Eheauflösung durch Tod möglich. Bei der Auflösung der Ehe infolge Scheidung müssen deshalb andere Wege gesucht werden. Da sich jedoch das Scheidungsrecht zur Zeit in Revision befindet, lässt sich über dessen künftige Ausgestaltung noch nicht viel sagen. Sicher wird dem Gemeinschafts- oder Vorsorgegedanken bei der Scheidung nicht die gleiche Bedeutung zukommen wie bei der Auflösung der Ehe durch Tod; im letzteren Fall darf angenommen werden, dass die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft in finanzieller Hinsicht dem freien Willen des vorverstorbenen Ehegatten entspricht, während im ersteren Fall den die Ehe überdauernden finanziellen Verpflichtungen ein starkes Zwangsmoment innewohnt

und ein allfälliger Versorgungsanspruch eher den Charakter eines Startkapitals für denjenigen Ehegatten annimmt, der infolge der Besorgung des Haushalts den Anschluss an das Berufsleben verpasst hat.

Dieses Startkapital kann, wie gesagt, nicht über das Erbrecht verwirklicht werden. Die Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts sah eine Realisierungsmöglichkeit in einer gegenseitigen und hälftigen Vorschlagsbeteiligung [147]. Diese Lösung übersieht jedoch, dass das ZGB bereits im Scheidungsrecht in den Art. 151 und 152 Entschädigungs-, Genugtuungs- und Unterhaltsansprüche vorsieht und dass sich daraus überflüssige Doppelspurigkeiten ergeben können. Eine zusätzliche Schwierigkeit entsteht daraus, dass die scheidungsrechtlichen Vermögensansprüche vom Verschuldensprinzip beherrscht werden, während bei der auf die Scheidung folgenden Vorschlagsbeteiligung, wie sie die Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts vorsah, das Verschulden höchstens ausnahmsweise über die Härteklausel von Art. N Abs. 3 berücksichtigt werden könnte [148]. Geeigneter wäre daher eine rein scheidungsrechtliche Lösung, die durch eine dem Einzelfall angepasste, allerdings an gesetzlichen Entscheidungskriterien orientierte, richterliche Festlegung der Vermögensansprüche individuell ausgestaltet werden könnte; dies würde keine Komplizierung des Verfahrens bedeuten, da der Richter bei einer Scheidung sowieso bemüht werden muss.

[147] Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (1962) S. 145f. zu Art. N.

[148] Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts (1962) S. 146.

4. Kapitel: Ergebnis [1]

Zusammenfassend komme ich in bezug auf das Institut der Vorschlagsbeteiligung zu folgendem Ergebnis: Auf der Suche nach den Gründen für die Einführung und Beibehaltung der Vorschlagsbeteiligung stossen wir auf zwei Hauptmotive, nämlich einerseits auf den Abgeltungsgedanken und andererseits auf den Versorgungs- oder Vorsorgegedanken.

Der Abgeltungsgedanke lässt sich in folgende Untergedanken aufgliedern: Entschädigung für das Nutzniessungsrecht des einen Ehegatten am eingebrachten Gut des anderen, Entschädigung für die Mitarbeit des einen Ehegatten im Beruf oder Gewerbe des anderen, Entschädigung für Sparsamkeit bei der Haushaltführung, Hausfrauenlohn und Entschädigung für den durch die Führung des Haushalts entgangenen Gewinn (lucrum cessans) aus eigener Erwerbstätigkeit.

- Eine Entschädigung für das Nutzniessungsrecht des einen Ehegatten am eingebrachten Gut des anderen wird mit der Abschaffung der Güterverbindung durch den Entwurf hinfällig.
- Die Mitarbeit des einen Ehegatten im Beruf oder Gewerbe des anderen soll grundsätzlich wie die Mitarbeit eines beliebigen Dritten abgegolten werden. Einzig bei der notwendigen und zumutbaren Mitarbeit im Sinne von Art. 163 Abs. 3 des Entwurfs käme eine Abgeltung durch Beteiligung am Vorschlag in Frage. Da diese Fälle jedoch sehr selten sein werden, ist anstelle einer generellen Vorschlagsbeteiligung eine individuelle Lösung analog dem Lidlohn gemäss Art. 334 und 334bis ZGB vorzuziehen.
- Die Idee der Entschädigung für Sparsamkeit bei der Haushaltführung ist äusserst problematisch. Zum einen ist das durch die Haushaltführung im Einzelfall Ersparte sehr schwer oder überhaupt nicht zu ermitteln, und zum anderen ist es falsch, vom Regelfall auszugehen, dass der Haushalt sparsam geführt wird; denn wenn man den dem Lebensstandard der Ehegatten entsprechenden Normal- oder Durchschnittsverbrauch – also den Verbrauch, der in Ehen mit ähnlichen Einkommensmöglichkeiten und ähnlichem Lebensstandard die Regel ist – als Vergleichsgrösse für die Sparsamkeit wählt, werden Ehen mit sparsamer Haushaltführung notwendigerweise die Ausnahme sein.
- Die Führung des Haushalts ist ein Beitrag an die ehelichen Lasten und wird in der Regel aufgewogen durch die Beiträge, die der nicht im Haushalt tätige Ehegatte an die ehelichen Lasten leistet, so dass sich ein «Hausfrauenlohn»

[1] Vgl. dazu auch PIOTET S. 321 ff., insbesondere S. 326 ff., der anstelle der Errungenschaftsbeteiligung des Entwurfs ebenfalls eine vollständige Gütertrennung, ergänzt durch Bestimmungen in den allgemeinen Ehewirkungen und im Erbrecht, befürwortet.

erübrigt. Eine besondere ausgleichende Entschädigung ist nur dann vorzusehen, wenn sich die Beiträge der Ehegatten an die ehelichen Lasten nicht im Gleichgewicht befinden. Zur Realisierung dieser Entschädigung ist aber die individuelle Lösung von Art. 166 des Entwurfs einer generellen Vorschlagsbeteiligung vorzuziehen.

– Auch für den Ausgleich des lucrum cessans – also des Verlustes (entgangener Gewinn), der einem Ehegatten dadurch entsteht, dass er zugunsten der Haushaltführung auf die weitere Ausübung seines erlernten Berufes verzichtet – ist die individuelle Lösung des Art. 164 Abs. 2 des Entwurfs geeigneter als die Vorschlagsbeteiligung. Allerdings wäre es wünschenswert, dass die Idee in der genannten Bestimmung klarer zum Ausdruck käme, wie dies zum Beispiel im Vorentwurf B noch der Fall war. Art. 165 Abs. 2 des Vorentwurfs B, der dem Art. 164 Abs. 2 des Entwurfs entspricht, lautete nämlich: «Erlauben es die Verhältnisse der Familie, hat er [der Ehegatte, der den Haushalt besorgt und die Kinder betreut oder dem anderen in seinem Beruf oder Gewerbe hilft] überdies Anspruch auf einen angemessenen Anteil am Einkommen, das der andere Ehegatte nicht für die ehelichen Lasten verwendet, wobei namentlich dem Verzicht auf die Verfolgung persönlicher Interessen, aber auch den Vorteilen aus dem Zusammenleben Rechnung zu tragen ist.» Leider wurde der Zusatz «wobei namentlich...» im Laufe der Verhandlungen der Expertenkommission gestrichen, obwohl gerade dieser Zusatz den Gedanken des lucrum cessans (entgangener Gewinn) deutlich zum Ausdruck brachte («Verzicht auf die Verfolgung persönlicher Interessen») und zudem darauf hinwies, dass ein Ausgleich des entgangenen Gewinns nur dann in Frage komme, wenn dieser entgangene Gewinn nicht bereits durch den vom anderen Ehegatten garantierten Lebensstandard kompensiert oder gar übertroffen werde («Vorteile aus dem Zusammenleben»).

Vom Abgeltungsgedanken her gesehen, ist demnach das Institut der Vorschlagsbeteiligung entbehrlich, sofern die Art. 166 und 164 Abs. 2 des Entwurfs in den fünften Titel des ZGB («Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen») eingefügt werden und zudem eine individuelle Lösung – zum Beispiel in der Art des Lidlohns gemäss Art. 334 und 334bis ZGB – für die Entschädigung der im Rahmen des Art. 163 Abs. 3 des Entwurfs geleisteten notwendigen und zumutbaren Mithilfe im Beruf oder Gewerbe des anderen Ehegatten gefunden wird, wobei allerdings bei der Berechnung der Forderung daran gedacht werden müsste, dass die Mitarbeit nur so weit zu entschädigen wäre, als ihr Erlös nicht zur Bestreitung der finanziellen ehelichen Lasten verwendet würde. Eine Entschädigung für sparsame Haushaltführung ist praktisch nicht realisierbar.

In bezug auf die Verwirklichung des Versorgungs- oder Vorsorgegedankens weist die Vorschlagsbeteiligung des Entwurfs die – an sich behebbaren – Mängel

auf, dass sie gegenseitig ist (der überlebende Ehegatte muss seinen Vorschlag bereits zu Lebzeiten mit den Erben des vorverstorbenen teilen) und dass sie wegen der Möglichkeit der gerichtlichen Gütertrennung einem Ehegatten gegen dessen Willen zu leicht entzogen werden kann.

Aber auch ganz generell ist eine Beteiligung am gesamten Nachlass des vorverstorbenen Ehegatten – also eine erbrechtliche Lösung – geeigneter, die Versorgung des überlebenden Ehegatten sicherzustellen als eine blosse Vorschlagsbeteiligung; denn dem überlebenden Ehegatten soll die Fortsetzung der bisherigen Lebenshaltung soweit als möglich garantiert werden. Wohl könnten durch eine blosse Beteiligung am Vorschlag sogenannte «Abbruchehen» wenigstens teilweise verhindert werden, aber man würde mit einer solchen Regelung auch zahlreiche Ehen treffen, die durchaus keine «Abbruchehen» sind. Auch die Familiengutsidee steht einer erbrechtlichen Lösung entgegen, aber gerade auch die Neuregelung des Adoptionsrechts zeigt, dass die Familiengutsidee viel von ihrer ursprünglichen Bedeutung verloren hat. Gegen eine zu starke Schmälerung der Ansprüche der leiblichen Kinder des Erblassers durch das Erbrecht eines allfälligen Stiefelternteils sieht Art. 471 Abs. 2 des Entwurfs einen genügenden Schutz vor (Heraufsetzung des Pflichtteils auf den ganzen gesetzlichen Erbanspruch). Die in diesem Artikel enthaltene Diskriminierung der sogenannten «Seitensprungkinder» sollte man jedoch fallenlassen.

Auch die Einführung des Obligatoriums für die zweite Säule (BVG) wird die Bedeutung des Ehegattenerbrechts als Versorgungsinstitut kaum wesentlich schmälern können.

Da eine erbrechtliche Lösung nur bei Beendigung einer Ehe durch Tod denkbar ist, muss der Versorgungsgedanke bei einer Scheidung im Scheidungsrecht realisiert werden. Bei einer Scheidung wird dem Versorgungsgedanken jedoch eine wesentlich geringere Bedeutung zukommen als bei Auflösung einer Ehe durch Tod. Ein scheidungsrechtlicher Versorgungsanspruch soll in erster Linie als Startkapital für denjenigen Ehegatten dienen, der infolge der Besorgung des Haushalts den Anschluss an das Berufsleben verpasst hat.

In Übereinstimmung mit dem Entwurf der Expertenkommission schlage ich abschliessend vor, bei der Regelung der vermögensrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten von der Gütertrennung auszugehen. Im Gegensatz zum Entwurf befürworte ich jedoch einen Verzicht auf die Beteiligung am Vorschlag und damit auf den Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung. Die Vorschlagsbeteiligung soll aber nicht ersatzlos gestrichen werden, vielmehr sollen die Ziele, zu deren Verwirklichung man das Institut im Laufe der Zeit einsetzen wollte, in geeigneterer Weise realisiert werden – selbstverständlich nur soweit, als diese Ziele überhaupt realisierbar und zudem heute noch aktuell sind. Das Instrumentarium zur Verwirklichung der erwähnten Ziele ist im Entwurf der Exper-

tenkommission bereits in den allgemeinen Ehewirkungen und im Erbrecht grösstenteils vorhanden, was im übrigen besagt, dass die Beibehaltung der Vorschlagsbeteiligung auf weiten Strecken zu Doppelspurigkeiten führen würde. Im Rahmen der allgemeinen Ehewirkungen sorgt Art. 166 Abs. 1 des Entwurfs für einen Ausgleich, sofern sich die Beiträge der Ehegatten an die ehelichen Lasten nicht im Gleichgewicht befinden – befinden sich die Beiträge hingegen im Gleichgewicht, so ist keine zusätzliche Entschädigung, insbesondere auch kein «Hausfrauenlohn», zu entrichten. Art. 164 Abs. 2 des Entwurfs sieht einen Ausgleich des entgangenen Gewinns (lucrum cessans) für denjenigen Ehegatten vor, der zugunsten der Haushaltführung auf die Ausübung eines Berufes verzichtet. Die Versorgung des überlebenden Ehegatten geschieht in geeigneter Weise im Erbrecht, die Versorgung (Starthilfe) des geschiedenen Ehegatten wäre Aufgabe des Scheidungsrechts. Für die Entschädigung der im Rahmen des Art. 163 Abs. 3 des Entwurfs geleisteten Mitarbeit des einen Ehegatten im Beruf oder Gewerbe des anderen schliesslich müsste noch eine geeignete Lösung – etwa in der Art des Lidlohns gemäss Art. 334 und 334bis ZGB – gesucht werden.